# Die Untreue.

(§ 266 R. Str. G. B.)

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

**Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg**

zur

Erlangung der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

**Otto Engelhardt**

**Rechtspraktikant**

aus

**Nürnberg.**

Würzburg.

Buchdruckerei Alexander Borst.

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549805_0041

# Vorwort.

Die Anregung zu vorliegender Arbeit verdanke ich Herrn Prof. Dr. Finger, dem ich hiefür, wie für seine liebenswürdige, stets hilfsbereite Unterstützung und Förderung meinen ergebensten Dank zum Ausdruck bringe. Ein großer Teil derselben konnte erst während meiner Dienstzeit als Einjährig-Freiwilliger eingehendere Ausarbeitung erfahren. Wenn deshalb manche Lücken, manche Schwächen der Arbeit anhaften mögen, so bitte ich dies mit genanntem Umstand entschuldigen zu wollen. Vielleicht wird es mir späterhin vergönnt sein, das Werkchen einer gründlichen Umarbeitung zu unterziehen.

**Der Verfasser.**

# Die Untreue.

## § 1.

### Kurzer historischer Rückblick.

Von den verschiedenen Vermögensdelikten ist zweifellos das der Untreue am spätesten zur Entwicklung gekommen und kriminell strafbar geworden. In den alten Rechten, insbesondere der Griechen und Römer, galt die Verletzung von Verträgen, von zivilrechtlichen Verbindlichkeiten, selbst wenn sie dolos begangen wurde, im allgemeinen nicht als strafbar; man hielt vielmehr den zivilrechtlichen Zwang zur Erfüllung und zum Schadenersatz für ausreichend. Erst in später Zeit, im Verlaufe einer äußerst fruchtbaren Entwicklung des römischen Rechtes, wurden gewisse Vertragsverletzungen, die den Bruch eines besonderen Treuverhältnisses in sich schlossen, zu delicta publica gestempelt, und so die Treulosigkeit des Mandatars, des Depositars, des Vormundes und des Gesellschafters mit einer Infamie bestraft, die schon infolge bloß zivilrechtlicher Verurteilung eintreten sollte. [1])

Auch das ältere deutsche Recht wußte noch nichts von einem heutigen Begriff der Untreue. Zwar finden wir damals öfter den „Verrat", d. h. die Tötung u. s. w. solcher Personen, welchen gegenüber dem Thäter ein besonderes Schutzverhältnis oblag, als „Untreue" bezeichnet. Dagegen gerade unser gegenwärtiger Fall

[1]) L. 6 § 5—7 D: de his qui not. infamia.

der Untreue, der sich durch die rechtliche Verfügungsbefugnis des auf Unredlichkeit Denkenden über fremdes Vermögen charakterisiert, war einer kriminellen Ahndung nicht unterworfen.

Erst mit der Rezeption des römischen Reiches machte das deutsche Recht in Bezug auf unseren Rechtsbegriff einen bedeutenden Fortschritt: In Art. 115 der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V., welcher „Prokuratoren, so ihren Parteien zu Nachteil gefährlicher Weise den Widerteilen zu Gut handeln", mit Strafe bedroht, wurde die römische praevaricatio „Begünstigung einer Prozeßpartei durch den Vertreter des Prozeßgegners" kriminalisiert, in Art. 170 der Depositar, der mit der Verwahrung fremder Güter betraute, welcher williger und gefährlicher Weise dem Gläubiger zu Schaden handelt", in der Strafbarkeit dem Diebe gleichgestellt.

Diese ersten deutschrechtlichen Ansätze unseres heutigen Deliktes fanden immer mehr Anwendung in der Praxis und erhielten in ihrem Streben nach Weiterentwicklung auch einstweilen eine gewisse Ergänzung in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, indem diese auch ausdrücklich die Vormunder in den Kreis der strafrechtlich zu verfolgenden Personen einbezogen.

Dies waren im allgemeinen die grundlegenden Vorbereitungen und Vorbildungen für die Normierung des Begriffes der Untreue. Erst im allgemeinen preußischen Landrecht von 1794 begegnen wir ihr zum ersten Male als spezifischem Vergehen. Hier finden wir in § 1329 ff. eine Reihe von durch Verletzung eines Treuverhältnisses charakterisierten Handlungen als „Untreue" zusammengefaßt, jedoch noch nicht als selbständig mit Strafe bedrohtes Delikt, sondern lediglich als erschwerten Fall dem erweiterten Betrugsbegriff subsumiert.

Diese hier noch vermißte Selbständigkeit, war der französische code pénale [1]) berufen, der „Untreue" zu geben, unter dessen Einfluß man endlich in Preußen zur Konstruktion eines besonderen Vergehens der Untreue gelangte. Jedoch immer noch bot die Fassung Schwierigkeiten, und in den Vorberatungen für das

[1]) Vergl. Code pénale Art. 408 (abus de confianie).

preußische Strafgesetzbuch von 1851 fanden manche Schwankungen statt, bis man endlich zur Fomulierung des Art. 246 kam, der im Gegensatz zum ersten Entwurf das Delikt auf die unter öffentlicher Autorität wirkenden Personen beschränkte.

Als man nun zur Abfassung eines Strafgesetzbuches für das geeinte deutsche Vaterland schritt, da war man willens, den Begriff „der Untreue" in seiner Beschränkung auf die mit öffentlichem Vertrauen ausgerüsteten Personen einfach aus dem preußischen Recht herüber zu nehmen. Hier erwarb sich v. Schwarze ein bleibendes Verdienst, indem er die strafbare Untreue auch auf das Verhältnis des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber auszudehnen beantragte, „um durch eine auf widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensstücke anwendbare Strafbestimmung einem Bedürfnisse zu genügen, dem die gesetzliche Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung nicht entsprach". [1]) Diesem wohlbegründeten Antrag konnte Bundesrat und Reichstag seine Zustimmung nicht versagen, und so wurde in Anlehnung an Art. 287 Abs. 2 der sächsischen Strafgesetzbücher auch die Untreue von Bevollmächtigten unter § 266 des R. Str. G. gestellt.

Mit dieser Formulierung im R. Str. G. B. dürfte vorerst die Entwicklung des Begriffes „Untreue" zum Abschluß gekommen sein. Sicherlich ist man spät genug zu einer allgemeinen Bestrafung von ungetreuen Funktionären gekommen. Jedoch dieses heftige Streben gegen eine allgemeine Bestrafung der Untreue läßt sich aus der damaligen Anschauung wohl erklären. Herrschte doch allgemein die Ansicht, es sei Privatsache desjenigen, der Privatverträge schließe, sich nach freiem Ermessen den Mann seines Vertrauens zu wählen und sich durch Aufwendung von genügender Vorsicht vor einem ungetreuen Vermögensverwalter zu bewahren; wohl aber habe der Staat die Aufgabe, die Untreue bei den Personen zu strafen, die unter öffentlicher Autorität wirken und vom Staate dem Publikum zur Besorgung gewisser Angelegenheiten bezeichnet werden, [2]) da diesen das Publikum notgedrungen Vertrauen schenken muß.

[1]) Vergl. Motive z. II. Entwurf zu § 241.

[2]) Vergl. Berner.

## § 2.

## Das Objekt der Untreue.

In § 266 des R. Str. G. B. sind die Vermögensstücke des Gewalthabers, und zwar ausschließlich Vermögensstücke unter besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt. Für Ziffer 2 ist dies ausdrücklich im Gesetz gesagt: es wird „von Forderungen oder anderen Vermögensstücken" gesprochen. Auch bei Ziffer 3 dürfte man kaum in Zweifel kommen, da der amtliche Wirkungskreis der hier genannten Personen sich lediglich auf Vermögensstücke erstreckt.[1] Dagegen herrscht in der Literatur lebhafter Streit mit Rücksicht auf Ziffer 1, wo von „Nachteilen der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen" gesprochen wird. So will H. Meyer den Thatbestand des Nachteils hier auch auf Vernachlässigung „der Erziehung und sittlichen Entwicklung" ausgedehnt wissen, und ähnlicher Ansicht ist Rubo.[2] Am nachdrücklichsten und wohl begründet verficht jedoch diese Ansicht Ammon.[3] Er folgert vor allem aus dem Wort „Nachteil" anstatt „Vermögensnachteil", wie letzteres in demselben Paragraphen enthalten ist, auf eine erweiternde Auslegung, da sonst dem Sprachgebrauch Zwang angethan würde. Ferner spreche zu gunsten dieser Ansicht der Umstand, daß es vom Gesetz zwecklos wäre, wenn es bloß eine vermögensrechtliche Benachteiligung im Auge hätte, neben dem Handeln zum Nachteile der der Aufsicht anvertrauten Sachen noch besonders von einem solchen zum Nachteil der anvertrauten Personen zu reden. Wenn das Reichsgericht sich dahin äußere, Personen und Sachen seien unter Ziffer 1 deshalb neben einander angeführt, weil ein Teil der Personen, wie die Güterpfleger, Sequester u. s. w. eben nur mit der Sorge für anvertraute Sachen befaßt sei, so sei auch damit ein genügender Grund für diese Zusammenstellung nicht gegeben, und trotz dieser Erklärung lasse

---

[1]) Anderer Meinung: Rubo Nr. 4 zu § 266 hinsichtlich Nr. 1, 2, 3: „Es ist ausgeschlossen, den § 266 lediglich auf Benachteiligungen vermögensrechtlicher Art zu beschränken" u. s. w., ferner H. Meyer.

[2]) Vergl. Rubo Nr. 4 § 266.

[3]) Vergl. Ammon „Die Untreue".

es sich nach wie vor nicht einsehen, weshalb ein Gesetz, das die Untreue auf die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen beschränken will, dann nicht so konsequent ist, von einem Handeln zum Nachteil der anvertrauten Sachen, der anvertrauten Vermögensstücke allein zu reden und die anvertrauten Personen, welche unter dieser Voraussetzung gar nicht hierher gehören, zu ignorieren.

Diesen Gründen mag folgendes entgegengehalten werden. Vor allem berechtigt der Umstand, daß Ziffer 1 nur von Nachteil spricht, während Ziffer 2 ausdrücklich vermögensrechtlichen Nachteil verlangt, nicht ohne weiteres zu dem Schlusse, daß in Ziffer 1 auch andere als vermögensrechtliche Nachteile gemeint sein können. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß diese Ausdrucksweise lediglich mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch gewählt wurde. Denn es hieße der Sprache Zwang angethan, für Sachen noch besonders von vermögensrechtlichem Nachteil zu sprechen, während an denselben ja keine andere Benachteiligung stattfinden kann. Wenn in Ziffer 1 noch das „Handeln zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen" hervorgehoben wird, so wurde diese Formulierung hauptsächlich mit Beziehung auf die „Vormünder" gewählt. Nun ist ja allerdings richtig, daß die Vormünder nicht allein die Sorge für das Vermögen, sondern auch für die Person des Mündels haben und eben deshalb das Mündel auch an Leib und Ehre u. s. w. benachteiligen könnten. Jedoch dies dürfte für unseren Fall kaum zutreffend sein. Wenn dennoch die „Personen" im Gesetz angeführt und nicht einfach ignoriert werden, so mag dies seinen Grund darin haben, daß man gerade durch Wahl dieses Ausdruckes dem Charakter der Vormundschaft gerecht werden wollte, die auf einem persönlichen Verhältnis beruht, während dagegen die Funktionen der im übrigen aufgeführten Personen sich lediglich auf Sachen beziehen.

Für unsere Ansicht spricht ferner noch der Umstand, daß Betrug und Untreue in demselben Abschnitt zusammengestellt sind, wie überhaupt die Untreue in unmittelbarer Folge an reine Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch angeschlossen ist. Wenn hier Ammon meint, die Zusammenstellung von Betrug und Untreue könne schon durch den überwiegend vermögensrechtlichen Charakter

der Untreue hervorgerufen worden sein, so ist ja diese Möglichkeit nicht abzuleugnen. Andererseits glaube ich jedoch annehmen zu dürfen, daß im Falle des Zutreffens dieser Ansicht wenigstens die Motive des Strafgesetzbuches eine nähere Begründung gebracht hätten für die Einfügung des § 266 an seiner jetzigen Stelle.

Auch die sonstigen Gründe Ammons sprechen nicht gegen unsere Auffassung. Er führt hier Fälle an, in welchen das Strafgesetzbuch ganz ungleichartige Delikte in einen Abschnitt aufgenommen habe, wie z. B. § 237 die Entführung einer minderjährigen Frauensperson mit deren Willen unter die Delikte wider die persönliche Freiheit. Jedoch diese Zusammenstellung dürfte doch nicht so „unpassend" sein. Die minderjährige Frauensperson steht unter einem „Schutz- und Herrschaftsverhältnis" der Eltern bezw. des Vormundes, welchem die Sorge für die Person, also auch für die persönliche Freiheit des Mündels obliegt. Wenn nun der Entführer „ohne Einwilligung seiner Eltern, seines Vormundes, seines Pflegers" handelt, wie es ausdrücklich in § 237 heißt, so vergeht er sich damit auch gegen die persönliche Freiheit des Mündels, da ja hier der Vormund u. s. w., nicht das Mündel allein, zu entscheiden hat.

Wenn endlich im allgemeinen preußischen Landrecht, dem eigentlichen Schöpfer unseres Deliktsbegriffes die Frage, ob derselbe auch auf die Verletzung rein persönlicher Rechte zu beziehen sei, für manche Fälle streitig wäre, so vermag auch dieser Umstand nichts gegen unsere Auffassung zu entscheiden.

Unsere Ansicht teilt das Reichsgericht [1]) in zahlreichen Entscheidungen. Ebenso ist die Mehrzahl der Autoren [2]) der übereinstimmenden Ansicht, daß auch für Ziffer 1 des § 266 trotz der Unbestimmtheit der Worte „zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen" zum Thatbestand eine Benachteiligung durch Vermögensbeschädigung erfordert wird, daß also die Untreue, ebenso wie der Betrug unter die rein vermögensrechtlichen Delikte zu stellen ist.

[1]) Vergl. R. G. E. $16_{77}$; $23_{280}$; R. $9_{267}$.

[2]) Vergl. Hälschner, Berner, Binding II, Geyer II, Frank, Holtzendorff III, v. Liszt.

## § 3.

## Verhältnis der Untreue zu den übrigen Vermögensdelikten des R. Str. G. B.

Die Untreue erscheint ihrer äußeren Stellung nach als ein Komplement zum Betrug. Es besteht jedoch zwischen diesen Verbrechensarten keineswegs eine nähere Verwandtschaft; eher ließe sich eine solche zwischen der schwereren Form der Unterschlagung und der Untreue annehmen. Allein trotz dieser Verwandtschaft ist die Untreue ein Delikt selbstständigen Inhaltes. Alle Vermögensdelikte, unter die, wie wir im vorhergehenden Paragraphen erwiesen, auch die Untreue gehört, haben die Beschädigung des Vermögens eines Mitmenschen zum Objekte, aber jedes bewirkt dieselbe auf eine andere Art, wodurch es gerade zum spezifischen Vergehen gestempelt wird. So ist z. B. für den Thatbestand des Betruges eine durch Täuschung bewirkte Vermögensumkehrung, für die Unterschlagung widerrechtliche Zueignung anvertrauter Sachen charakteristisch. In § 266 des R. Str. G. B. wird der Bruch besonderer Treuverhältnisse mit Strafe bedroht. Im Vertrauen auf ihre Redlichkeit ist den hier aufgeführten Personen die rechtliche Befugnis gegeben, über fremdes Vermögen zu verfügen. Ein Verfügen schlechtweg würde sie nicht strafbar machen, nach gewissen Richtungen werden sie sogar zu handeln verpflichtet sein. Nur die Art und Weise des Verfügens macht sie zu Verbrechern und erheischt nach § 266 R. Str. G. B. angemessene Sühne. Dieses rechtswidrige Handeln eines an und für sich Handlungsberechtigten also grenzt die Untreue scharf ab gegenüber anderen Vermögensdelikten. Dieses wahre Wesen der Untreue wurde in der Literatur vielfach verkannt. Zahlreiche Autoren geben zwar zu, daß die Untreue unter den Vermögensdelikten einen selbstständigen Platz einnimmt und oft Fälle umfaßt, welche sich unter jene Delikte nicht einreihen lassen. Andererseits behaupten sie aber mit aller Entschiedenheit, daß die Handlung auch die Merkmale eines anderen Vermögensdeliktes noch an sich haben, daß namentlich der Thatbestand von Diebstahl, Betrug, Unterschlagung und Sachbeschädigung mit der Untreue verknüpft sein könne. In

solchen Fällen seien die Grundsätze der Idealkonkurrenz in Anwendung zu bringen,[1]) wonach z. B. beim Zusammentreffen von einfachem Diebstahl oder qualifizierter Unterschlagung einerseits und qualifizierter Untreue andererseits auf Grund des Strafrahmens des § 266, der fakultativ Geldstrafe androht und deshalb also die schwerere Strafsatzung enthält, die Bestrafung erfolgen müßte, ebenso wie bei idealer Konkurrenz zwischen Betrug und qualifizierter Untreue nur die Strafe des § 266 Anwendung finden könnte, da § 263 wegen Zulassung mildernder Umstände die gemäßigtere Strafbestimmung enthält. Auch die konstante Rechtsprechung des Reichsgerichtes[2]) hat im allgemeinen diesen Grundsatz vertreten.

Wenn wir aber bedenken, daß das Recht des Handelns, wie wir es schon ausgeführt, das Charakteristikum der Untreue ist, welches wir in keinem Vermögensdelikt sonst vorfinden, so müssen wir die Grundsätze einer Idealkonkurrenz für ausgeschlossen halten. Denn sobald eben ein **zu handeln rechtlich Berechtigter** unredlich handelt, ist nicht mehr der Thatbestand eines anderen Deliktes, sondern einzig und allein der der Untreue erfüllt. In einem solchen Falle könnte daher höchstens reale Konkurrenz[3]) für das Strafausmaß Bedeutung gewinnen.

In der Bestrafung ist die Untreue grundsätzlich den übrigen Vermögensdelikten gleichgestellt und auf dieselbe schlechtweg Gefängnis — also bis zu fünf Jahren — gesetzt. Im qualifizierten Falle des Absatzes 2 jedoch kann im Gegensatz zu Diebstahl und Unterschlagung kumulativ neben Gefängnis auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden. Auch in einem anderen Punkte behandelt der Gesetzgeber die Untreue strenger als die übrigen verwandten Delikte. Gemäß § 247 Abs. 2 R. Str. G. B. ist nämlich Diebstahl und Unterschlagung durch Verwandte aufsteigender Linie und durch Ehegatten begangen, straflos; Betrug gegen Verwandte u. s. w. wird nach § 263 Abs. 4 R. Str. G. B nur

[1]) Vergl. Ammon; Berner, Frank, Geyer II.; Holtzendorff III.; H. Meyer; Olshausen II.

[2]) Vergl. R. G. R. $2_{293}$; $9_{637}$; $10_{201}$; $10_{250}$. R. G. E. $3_{284}$; Uebereinstimmend mit dem Text: Binding, Grundriß II.

[3]) Vergl. §§ 73, 74 R. Str. G. B.

auf Antrag verfolgt. Für die Untreue war zwar ebenfalls ein ähnlicher Absatz im ersten Entwurf vorgesehen, dagegen im Gesetz selbst ist von einer derartig begrenzten Anwendbarkeit der Strafbestimmung niemals die Rede. Der Grund für diese Härte liegt eben auch wieder in der Eigenart des Delittes, bei welchem zugleich die Verletzung einer öffentlichen Funktion, bez. eines besonderen Vertrauensverhältnisses in Frage steht. [1])

## § 4.

## Mögliches Subjekt der Ziffer 1 des § 266 R. Str. G. B.

Nach § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. können sich Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen einer Untreue schuldig machen.

Zur Feststellung der Begriffe der hier aufgeführten Aemter sei im einzelnen folgendes gesagt: Vormund ist derjenige, „der von Staatswegen als ein in sich abgeschlossenes, selbstständiges Amt die Vertretung der Rechtspersönlichkeit eines anderen Menschen übernommen hat." [2]) Da gemäß Einführungsgesetz zum B. G. B. Art. 210 auf eine zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. B. bestehende Vormundschaft von dieser Zeit an die Vorschriften des B. G. B. in Anwendung kommen, so ist demgemäß „Vormund" im Sinne des § 1773, der von der Vormundschaft über Minderjährige spricht, bez. des § 1896, welcher entmündigte Volljährige betrifft, zu interpretieren. Sein Amt beginnt mit der Bestellung durch das Vormundschaftsgericht, es endigt mit dem Wegfall der in § 1773 aufgeführten Voraussetzungen, ferner mit Tod und Entlassung. [3])

Zu den Vormündern im Sinne des Str. G. B. muß aber sicher auch der Gegenvormund des B. G. B. gerechnet werden.

---

[1]) R. G. R. $9_{637}$.

[2]) Vergl. Rubo zu § 174 R. Str. G. B.

[3]) Vergl. B. G. B. §§ 1773 ff.; 1792, 1882 ff. Einf. Ges. zu B. G. B. Art. 210.

Bei nicht ganz unbedeutender Vermögensverwaltung, falls nicht die Vormundschaft von mehreren Vormündern geführt wird, bestellt, hat er zwar im Gegensatz zum Vormund im wesentlichen nur eine Aufsicht führende Stellung. In besonders wichtigen, im Gesetz einzeln aufgeführten Angelegenheiten jedoch, wie z. B. Inventarisierung des Mündelgutes, Rechnungsbelegung über die Verwaltung des Mündelgutes muß er zusammen mit dem Vormund handeln und auch hinsichtlich der Bestellung des Vormundes und der Beendigung seines Amtes gelten ganz die gleichen Grundsätze wie für den Vormund. [1])

Schwierigkeiten bereitet die Auslegung der Begriffe „Kurator" und „Pfleger". Die Einführung beider Personenklassen wurde ohne weiteres aus § 246 des preußischen Strafgesetzbuches herübergenommen, weshalb diese Begriffe sich naturgemäß nach der zur Zeit seines Zustandekommens bestehenden preußischen Zivilgesetzgebung bestimmten. Dementsprechend erklärt auch eine unter Herrschaft des gemeinen Rechtes getroffene Reichsgerichtsentscheidung, [2]) daß im Str. G. B. Kurator im technischen Sinne gebraucht sei, daß er ein kraft Gesetzes bestehendes Schutzverhältnis voraussetze. Darnach seien „Kuratoren im Gegensatz zu Vormündern diejenigen, welche nicht die allgemeine Fürsorge für Person und Vermögen ihrer Schutzbefohlenen, sondern die Wahrung spezieller und vorwiegend sachlicher Interessen übertragen ist". Das B. G. B. kennt den Ausdruck „Kurator" nicht; es spricht nur von einem „Pfleger". Weshalb trotzdem im Str. G. B. „Kurator" beibehalten ist, läßt sich aus den Protokollen zum Entwurf des B. G. B. nicht ersehen. Hier [3]) heißt es nur: „Die Aufnahme der Worte Gegenvormund (statt bisher Nebenvormund) und Pfleger beruhe auf einer der Terminologie des B. G. B. entsprechenden Umnennung, bez. Ergänzung." Darnach ist „Pfleger" ergänzend neben Kurator gesetzt, letzterer Ausdruck wohl mit Rücksicht auf die Uebergangszeit beibehalten. [4])

---

[1]) Uebereinstimmend Olshausen II zu § 266$_4$ a.
[2]) Vergl. R. G. E. 24$_{109}$.
[3]) Vergl. Protokolle z. B. G. B. 6$_{571}$.
[4]) Vergl. Olshausen zu § 34 Nr. 7 R. Str. G. B.

Auch der Begriff Güterpfleger muß zufolge der einschlägigen Bestimmungen des Einf. Ges. zum B. G. B.[1]) im Sinne des neuen bürgerlichen Rechtes ausgelegt werden. Darnach ist Pflegschaft eine Fürsorge, die im obrigkeitlichen Auftrag minderjährigen oder volljährigen Personen, sowie unbekannten Interessen gewidmet wird. Sie hat die Vermögensverwaltung eines bereits gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes, eines infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen an der Vermögensverwaltung verhinderten Volljährigen, eines volljährigen Verschollenen, eines unbekannten oder ungewissen Beteiligten, eines durch öffentliche Sammlung zu vorübergehenden Zwecken zusammen gebrachten Vermögens beim Wegfall der bisherigen Verwaltungsorgane zum Gegenstand.[2]) Auf die Pflegschaft finden nach § 1915 des B. G. B. im allgemeinen die oben erwähnten Vorschriften über die Vormundschaft entsprechende Anwendung.

Der Ausdruck „Sequester" wurde aus dem preußischen Recht herübergenommen, und man hat darunter eine durch die Obrigkeit bestellte, mit der Verwahrung, bezw. Verwaltung beweglicher oder unbeweglicher Sachen betraute Person zu verstehen. In unserem heutigen bürgerlichen Recht findet sich dieser Ausdruck nur in wenigen Paragraphen der Zivilprozeßordnung, ebenso wie auch das Wort „Sequestration" nur noch vereinzelt vorkommt.[3]) In dem jetzt geltenden Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung[4]) dagegen ist dieses Fremdwort vermieden und nur von einem „Verwalter" gesprochen. Ein solcher Verwalter aber, der vom Gerichte bestellt, das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Zustand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen, der die Ansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen und die für die Verwaltung entbehrlichen Nutzungen in Geld umzusetzen, der jährlich und nach Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen hat, muß wohl mit dem „Sequester"

---

[1]) Vergl. Einf.-Ges. z. B. G. B. Art. 210.

[2]) Vergl. B. G. B. § 1909 ff.

[3]) Vergl. C. P. O. §§ 848, 855, 938.

[4]) Vergl. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, insbes. §§ 150, 152, 154.

des früheren Rechtes identifiziert werden und daher gleich diesem der Strafbestimmung des § 266 Ziff. 1 des R. Str. G. B. unterliegen.

Als Massenverwalter kommt in der Hauptsache der Konkursverwalter in betracht, der, obwohl meistens für Private thätig, dennoch vom Gericht bestellt ist und deshalb eine öffentlich rechtliche Funktion inne hat.[1] „Er leitet seine Befugnisse nicht von dem Gemeinschuldner ab, sondern ist ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ."[2] „Er ist bestellt, um kraft Gesetzes für Wahrnehmung sachlicher Interessen, nämlich fremder Vermögensinteressen zu sorgen; daher ist er nicht Bevollmächtigter nach § 266 Ziff. 2 Str. G.-B., sondern er gehört zu den in § 266 Ziff. 1 Str. G. B. genannten Personen." Aber er ist andererseits kein Beamter, er steht im Dienste von Privaten, wenn auch der Staat für ihn manche gesetzliche Bestimmung getroffen hat. Aus diesem Grunde ist die Untreue des Massenverwalters auch nicht Amtsverbrechen, sondern ein delictum sui generis nach § 266 Ziff. 1 d. R. Str. G. B.

Vollstrecker letztwilliger Verfügungen sind die Personen, welche den letzten Willen eines Verstorbenen zur Ausführung zu bringen haben. Ihre Stellung beurteilt sich nach den bisherigen Gesetzen, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist.[3] Im Falle des späteren Ablebens des Erblassers dagegen finden nach dem Einf.-Ges. z. B. G. B. Art. 213 die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung. Der Vollstrecker letztwilliger Verfügungen heißt in diesem Falle Testamentsvollstrecker; sein Amt beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem er dasselbe annimmt; es erlischt mit dem Tode, der Entlassung des Testamentsvollstreckers, der Kündigung seitens desselben und den im § 2201 B. G. B. genannten Unwirksamkeitsgründen.[4]

---

[1]) Vergl. Konkursordnung v. 10. Febr. 1877, nach der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898, insbes. §§ 78, 83 ff.

[2]) Vergl. R. G. E. 26107.

[3]) Vergl. Einführ.-Ges. z. B. G. B. Art. 213.

[4]) Vergl. B. G. B. § 2197 ff.

Was endlich den Verwalter von Stiftungen betrifft, so ist der Ausdruck „Stiftung" dem Privatrecht, bezw. Verwaltungsrecht entnommen, und wird darunter ein zu einem bestimmten Zweck von längerer Dauer unter kgl. Genehmigung gewidmetes Zweckvermögen verstanden. Jede Stiftung muß nach dem einschlägigen bürgerlichen Recht einen aus einer oder mehreren Personen bestehenden Vorstand haben, welcher die Stiftung gemäß ihrer Verfassung gerichtlich und außergerichtlich vertritt und verwaltet und im Falle eines ungesetzlichen Handelns der Strafe des § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. verfallen kann.

Dies sind in Kürze die in § 266 Ziff. 1 aufgeführten Personenkategorien und eben aus diesem Kataloge, der, sich jedes eine Erweiterung andeutenden Zusatzes enthaltend, offenbar eine erschöpfende Aufzählung geben will, ist zu schließen, daß dieser Personenkreis in der Rechtssprechung nicht analog erweitert werden soll. Dagegen wurde gesetzlich selbst die Anwendbarkeit der Strafbestimmung erweitert, indem insbesondere in den Kranken-, Unfalls-, Invaliden- und Altersversicherungsgesetzen angeführte Verwaltungsorgane, sowie der bei jeder Hypothekenbank durch die Aufsichtsbehörde zu bestellende Treuhänder [1]) für ungetreue Geschäftsführung strafrechtlich nach § 266 R. Str. G. B. verantwortlich sein sollen.

Eine Bestrafung aus § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. kann jedoch nur erfolgen, wenn die betreffende Person thatsächlich gültiger Weise in ihre Funktion eingesetzt ist. Trifft dies nicht zu, indem z. B. die Bestellung eines Vormundes nach § 1780 des B. G. B. nichtig ist, so darf auch keine Bestrafung wegen Untreue, höchstens wegen Unterschlagung oder Betruges erfolgen, da ja der betreffenden Funktion überhaupt keine rechtliche, also auch keine strafrechtliche Bedeutung zukommt. Anders dagegen würde der Fall zu beurteilen sein, wenn nur bei der Bestellung gegen eine Sollvorschrift, z. B. § 1781 des B. G. B., verstoßen wäre. Die Bestellung hätte Gültigkeit, der Vormund, eben als Vormund, die rechtliche Befugnis, über fremdes Vermögen verwaltend zu verfügen und könnte sich sonach einer nach § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. strafbaren Untreue schuldig machen.

[1]) Vergl. Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 § 29 ff. § 36.

## § 5.

### Mögliches Subjekt der Ziffer 2 des § 266 R. Str. G. B.

Ziffer 2 des § 266 spricht von „Bevollmächtigten, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen".

In den römischen Quellen war Vollmacht und Auftrag mit demselben Ausdruck „mandatum" bezeichnet; aber schon die Doktrin des gemeinen Rechtes unterschied zwischen beiden Ausdrücken, und die Praxis des späteren Rechtes trennte immer schärfer beide Begriffe von einander. Wohl wird in der Regel die Vollmacht auf einem Auftragsverhältnis beruhen, aber im heutigen Recht und so auch in § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. ist Bevollmächtigter mehr wie ein bloßer Beauftragter. „Er verlangt die Uebertragung und Uebernahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person, die Uebertragung einer namens eines anderen (des Machtgebers) auszuübenden Verfügungsgewalt." [1]) Die Vornahme von Rechtsgeschäften mit bindender Wirkung für andere ist ihm übertragen; er hat die rechtliche Befugnis, zu verfügen. Daher kann von einer Vollmacht nicht die Rede sein, wo diese Befugnis fehlt, Rechtsgeschäfte abzuschließen und Verfügungen zu treffen, wie z. B. ein Techniker, dessen „Thätigkeit sich lediglich auf die Beaufsichtigung des Fabrikbetriebes und der Neubauten und auf die Ausführung technischer Arbeiten beschränkt", sich nicht durch Lieferung von Modellen an fremde Betriebe gegen § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. verfehlen kann.

§ 266 Ziff. 2 setzt aber lediglich einen Vollmachtsauftrag voraus, nämlich einen Auftrag, für den Auftraggeber Rechtsgeschäfte abzuschließen. Ob jedoch diese Rechtsgeschäfte im Namen des Vollmachtgebers geschlossen werden, also der Fall direkter Stellvertretung vorliegt, oder ob der Bevollmächtigte im eigenen Namen, aber für den Machtgeber, d. h. als indirekter Stellvertreter, handelt, ist für das Delikt der Untreue gleichgültig. Auf beide Arten von Vertretung findet § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. in gleicher Weise

[1]) Vergl. R. G. E. $7_{377}$, $11_{241}$.

Anwendung.[1]) Auch der Umfang der Vollmacht ist für die Strafbarkeit aus § 266 Ziffer 2 R. Str. G. B. irrelevant; die Vollmacht kann sich ebensowohl auf das ganze Vermögen wie auf nur einige Vermögensteile des Vollmachtgebers erstrecken.

Nach Maßgabe unseres bürgerlichen Rechtes bedarf die Vollmachtserteilung, die durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder einem Dritten erfolgen kann, im allgemeinen keiner bestimmten Form.[2]) Nur in einigen Fällen sind gewisse Formvorschriften für die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der Vollmacht ausdrücklich im Gesetz verlangt. In der Auslegung des Begriffes „Vollmacht" für die Strafbarkeit aus § 266 Ziff. 2 erklärte das preußische Obertribunal es für unerheblich, ob die „Vollmacht" unter Beobachtung der zivilrechtlich vorgeschriebenen Formalitäten erteilt wurde, wenn nur festgestellt sei, daß das Vollmachtsverhältnis nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten bestehe, und auch das Reichsgericht hat wiederholt in seinen Entscheidungen[3]) die Einhaltung einer besonderen Formvorschrift für die Vollmacht des § 266 Ziff. 2 für unwesentlich befunden. Jedoch darf dieser Ansicht nicht uneingeschränkt beigetreten werden. Man darf nicht annehmen, daß das Strafgesetzbuch für einen aus dem Zivilrecht herübergenommenen Begriff ohne ausdrückliche Begründung andere Grundsätze angewendet wissen wolle als das bürgerliche Recht; vielmehr muß man sagen, daß ganz wie im Zivilrecht im allgemeinen wohl Formlosigkeit die Regel ist, daß aber, wenn das Zivilrecht zur Gültigkeit der Vollmacht gewisse Formvorschriften verlangt, diese auch wesentliche Voraussetzung für die Strafbarkeit aus § 266 Ziff. 2 sind, da ja bei ungültiger Vollmachtserteilung gar keine Vollmacht vorliegt, also auch die betreffende Person nicht rechtlich in der Lage, über Vermögensstücke des Machtgebers zu verfügen.[4])

Gemäß § 165 des B. G. B. kann auch ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Vertreter für den Vertretenen gültig handeln.

[1]) Vergl. $9_{200}$.
[2]) Vergl. B. G. B. § 167 Abs. 2.
[3]) Vergl. R. G. E. $3_{283}$; R. G. R. $4_{393}$.
[4]) Vergl. früher § 3.

Das Gleiche muß sinngemäß für § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. gelten, wo nirgends für die Strafbarkeit eines Bevollmächtigten eine bestimmte Altersgrenze angegeben wird. Jedoch kommen hier noch einschränkend die positiven Bestimmungen des Strafgesetzes [1]) selbst hinzu, wonach die Strafbarkeit erst mit vollendetem 12. Lebensjahre beginnt, ferner bis zum 18. Jahre erforderlich wird, daß der Thäter bei Begehung der strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hat. Daher kann hier der Fall vorkommen, daß ein Bevollmächtigter wohl zivilrechtlich verantwortlich ist, daß er aber wegen Mangels der im Strafgesetz verlangten Voraussetzungen strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.

Ob die Bevollmächtigung ein erlaubtes oder unerlaubtes Geschäft zum Gegenstand hat, ist für die Anwendung des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. nicht von Bedeutung. „Auch derjenige, welcher den Auftrag zu einem unerlaubten Rechtsgeschäft annimmt und ausführt, ist Bevollmächtigter und macht sich als solcher dem Machtgeber verantwortlich für dasjenige, was er dem Auftrag zuwider mit der auf Grundlage desselben in seine Hände gelangten Sache vornimmt." [2]) Er darf, ja er muß zwar den Auftrag zu einem solch' unerlaubten Geschäft zurückweisen, bezw. dessen Ausführung verweigern, niemals aber kann es ihm gestattet sein, das Vermögen des Auftraggebers vorsätzlich zu benachteiligen, ohne daß er der Strafe des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. verfällt.

Der Wortlaut des § 266 Ziff. 2 spricht nun ganz allgemein von Bevollmächtigten und demgemäß hat das Reichsgericht [3]) angenommen, daß jedermann, also auch jeder Beamte Bevollmächtigter seines Dienstherrn, hier des Staates, sein kann, indem er durch Uebertragung des Amtes einen generellen Auftrag zur Geschäftsführung erhalten hat. Ich glaube, mich dieser Ansicht nicht anschließen zu dürfen. Das Amt eines Beamten beruht auf öffentlich rechtlichem Vertrag, der Beamte ist öffentlich rechtlicher Bevollmächtigter; dagegen § 266 Ziff. 2 soll nach allgemeiner An-

[1]) Vergl. R. Str. G. B. §§ 55, 56; dazu R. G. E. $20_{262}$.
[2]) Vergl. R. G. R. $9_{247}$.
[3]) Vergl. R. G. E. $15_{41}$.

schauung nur auf Privatrechtsverhältnisse Anwendung finden, wie auch das Reichsgericht in seinen diese Ziffer betreffenden Entscheidungen[1]) nur von einem „Privatverhältnis", einer „privatrechtlichen Befugnis" spricht. Daher könnte schon aus diesem Grunde die Anwendbarkeit der Ziff. 2 auf Beamte ausgeschlossen erscheinen. Andererseits sind ja für Verbrechen und Vergehen im Amte in § 331 ff. R. Str. G. B. sehr schwere Strafbestimmungen getroffen, und man darf wohl annehmen, daß, solange ein Beamter innerhalb seiner amtlichen Funktion delinquiert, eine Bestrafung nach § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B., mag auch der Thatbestand einer Untreue vorhanden sein, durch die besonderen Vorschriften für Verbrechen und Vergehen im Amte ausgeschlossen wird. Daß im Uebrigen ein Beamter in seinem Privatleben als Bevollmächtigter nach § 266 Ziff. 2 strafbar werden kann, ist selbstverständlich.

Wenn schließlich das Reichsgericht den Gerichtsvollzieher als Beispiel in seiner Entscheidung gewissermaßen besonders hervorhebt, so spricht dieser Umstand keineswegs gegen unsere Auffassung. Zwar ist der Gerichtsvollzieher selbstständiger Staatsbeamter[2]) und unterliegt daher den Strafbestimmungen über Verbrechen und Vergehen im Amte. Aber der Amtscharakter schließt keineswegs ein Privatrechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger aus. Vielmehr nimmt der Gerichtsvollzieher eine ihn von anderen Beamten scharf unterscheidende Doppelstellung ein. Sofern er auf Weisung des Gläubigers vollstreckt, handelt er als Vertreter,[3]) als Bevollmächtigter desselben und kann daher auch aus den gegen den auftraggebenden Gläubiger verübten Veruntreuungen nach § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. verurteilt werden.

Nach den Bestimmungen des Strafgesetzes[4]) sind Advokaten und Rechtsanwälte keine Beamte im Sinne des Strafgesetzbuches. Wenn für dieselben auch spezielle Bestimmung im § 356 R. Str.

[1]) Vergl. R. G. E. $14_{184}$; $19_{271}$.

[2]) Vergl. G. V. G. § 155.

[3]) Vergl. Z. P. O. § 754; V. G. V. § 164; vergl. auch R. Str. G. B. § 331 ff.

[4]) Vergl. R. Str. G. B. § 359.

G. B. hinsichtlich der praevaricatio - dem pflichtwidrigen Dienen beider Parteien in derselben Rechtssache durch Rat oder Beistand — getroffen ist, so sind sie, da dieser Paragraph das Verhältnis zwischen ihnen und ihren Auftraggebern unmöglich erschöpfend behandeln kann, keineswegs vor der Bestrafung aus § 266 Ziff. 2 bei Delikten an einem ihrer Fürsorge anvertrauten Vermögen bewahrt. [1])

Auch die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, soweit sie nicht im allgemeinen von der Vertretung ausgeschlossen sind, die Vorstands- oder Aufsichtsrathsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, die Liquidatoren einer aufgelösten, bez. in Konkurs geratenen Genossenschaft u. a. sind in Konsequenz der früher citierten R. G. E. $19_{271}$ als Bevollmächtigte nach § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. anzusehen. [2])

Dem entgegen will Ammon die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft von den Bevollmächtigten des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. ausgeschieden wissen, da sie nicht im Sinne des Zivilrechtes Bevollmächtigte, bez. Beauftragte der Gesellschaft, ihrer Mitgesellschafter seien. „Denn im Sinne des Zivilrechtes können sich sowohl Vollmacht als Auftrag begrifflich nur auf eine freie Willenserklärung des Geschäftsherrn, nicht aber, wie es bei diesen Gesellschaftern der Fall wäre, auf das Gesetz gründen."

Hiergegen mag folgendes angeführt werden. Allerdings ist richtig, daß die Vollmacht der Handelsgesellschafter auf Gesetz beruht. [3]) Jedoch ist im Gesetz ausdrücklich gesagt: „soweit sie nicht durch den Gesellschaftsvertrag im allgemeinen von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind". Mit diesem Zusatze ist den Gesellschaftern das Recht eingeräumt, nach ihrer Wahl Leute von der Vertretung auszuschließen, so daß also alle, die nicht ausgeschlossen sind durch den Gesellschaftsvertrag, mittelbar durch den Willen der Gesellschaft, zur Vertretung der Gesellschaft bevollmächtigt erscheinen.

[1]) Vergl. R. G. E. $32_{30}$.
[2]) Vergl. R. G. E. $7_{279}$; $19_{184}$; $23_{315}$; R. G. R. $10_{201}$.
[3]) Vergl. R. G. E. $28_{150}$; vergl. dazu H. G. B. § 125 ff.

Ein Handlungsgehülfe ist insoweit als Bevollmächtigter zu betrachten, als seine Ermächtigung zum Abschluß von Handelsgeschäften reicht;[1] ein Agent dagegen, der nur eine vermittelnde Thätigkeit inne hat, ist etwas von einem Bevollmächtigten wesentlich verschiedenes. Nur wenn und soweit ihm das Recht erteilt ist, für die von ihm vertretene Person rechtsverbindliche Erklärungen kraft eigener Entschließung abzugeben, wird auch er Bevollmächtigter und ist als solcher aus § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. strafbar.[2]

## § 6.

## Mögliches Subjekt der Ziffer 3 des § 266 R. Str. G. B.

Nach § 266 Ziff. 3 R. Str. G. B. machen sich Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wägner, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen einer Untreue schuldig, „wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen".

Feldmesser sind die von der staatlichen Obrigkeit mit der Vermessung und Vermarkung von Grundstücken betrauten Personen, welche insbesondere bei Arrondierungen und Grenzstreitigkeiten thätig zu werden haben; in gleicher Weise müssen die mit der Vermessung von Bergwerksanlagen betrauten Markscheider hierher gerechnet werden.

Der Ausdruck Versteigerer scheint an die Stelle des in der Gewerbeordnung enthaltenen Fremdwortes Auktionator getreten zu sein und ist daher auch im Sinne der Gewerbeordnung[3] sowohl von der Versteigerung von Mobilien wie von Immobilien zu verstehen.

[1] Vergl. H. G. B. § 59 ff.
[2] Vergl. R. G. E. 26330; vergl. dazu H. G. B. § 84 ff.
[3] Vergl. Reichsgewerbeordnung, Fassung v. 1. Juli 83 § 36.

Mäkler bedeutet im allgemeinen Leute, welche den Abschluß von Geschäften, Festsetzung der Kurse u. s. w. vermitteln. Da sie nun nach § 266 Ziff. 3 R. Str. G. B. zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet sein müssen, gehören nicht alle Kategorien, insbesondere nicht die Handelsmäkler, welche nach dem neuen Handelsgesetzbuch[1]) nur noch private Mäkler sind, hierher.[2])

Den Güterbestätigern obliegt die amtliche Feststellung der Beschaffenheit, Menge u. s. w. von Waren, dem Schaffner, von „schaffen" hergeleitet, die amtliche, gewerbsmäßige Besorgung von gewissen Diensten.

Als Messer und Wäger kommen namentlich solche Personen in betracht, die auf Märkten und Häfen u. s. w. sich mit dem Messen und Wägen der Güter amtlich befassen.

Bracker, hergeleitet von dem niederdeutschen „Brack", soviel wie Ausschuß, Auslese, bedeutet eine Person, die zur Aussonderung von Waren bestellt ist.

Schauer, von „schauen" kommend, sind jene selbstständigen Gewerbetreibenden, welche die Entladung der Schiffe besorgen; Stauer, von „stauen" gleich „festmachen" stammend, diejenigen, welche die kunstgemäße Beladung von Schiffen besorgen.[3])

Aber abgesehen von den hier speziell aufgeführten Kategorien können auch noch „andere Gewerbetreibende" sich einer Untreue aus § 266 Ziff. 3 R. Str. G. B. schuldig machen. Den Begriff des „Gewerbetreibenden" darf man nicht ausschließlich aus der Gew. O.[4]) entnehmen, welche denselben für ihre Bestimmungen umgrenzt. Nach Seydel, der „Gewerbe" ganz allgemein definirt, versteht man darunter „jede erlaubte, auf Erwerb gerichtete und berufsmäßig ausgeübte Privatthätigkeit". Daher sind unter „Gewerbetreibende" auch die Medizinalpersonen zu rechnen und fallen unter den sonstigen Voraussetzungen sicherlich unter § 266 Ziff. 3

[1]) Vergl. H. G. B. Buch I Abschnitt 8 §§ 93 ff.
[2]) Vergl. Olshausen zu § 266 Nr. 10.
[3]) Vergl. R. G. O., insbes. § 6.
[4]) Vergl. Landmann, Gewerbeordnung.

R. Str. G. B., während sie in der Gewerbeordnung [1]) prinzipiell ausgeschlossen sind.

Andererseits werden in Ziffer 3 des § 266 R. Str. G. B. aber auch nur Gewerbetreibende gemeint. Demnach ist also die Anwendung dieses Paragraphen ausgeschlossen, sobald Beamte als solche die in Ziffer 3 bezeichneten Funktionen wahrnehmen, da solche unter die besonders scharfe Strafen androhenden Normen der Amtsvergehen in §§ 331 ff. R. Str. G. B. fallen. Ein solcher Fall findet sich öfters in Landrechten, beispielsweise bei den Fleischbeschauern in Bayern und Baden, [2]) während dagegen die Fleischbeschauer in Preußen Gewerbetreibende sind.

Im übrigen ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß derartige Beamte außerhalb ihrer amtlichen Thätigkeit als Gewerbetreibende erscheinen können, soweit sie nämlich als erlaubten Nebenerwerb Aufträge von Privaten zur Ausführung bringen.

Endlich müssen genannte Personen, um sich aus Ziffer 3 einer Untreue schuldig machen zu können, von der Obrigkeit verpflichtet. d. h. von den „verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden auf die Beobachtung der bestehenden Vorschrift beeidigt und öffentlich angestellt sein„. [3]) Diese Beeidigung gehört notwendig zur Anstellung und begründet dieselbe. Jedoch werden die Gewerbetreibenden durch diese Verpflichtung und Anstellung nicht Beamte, sie behalten vielmehr ihren Charakter als Gewerbetreibende bei. Andererseits ist aus diesem schlechtweg verlangten Erfordernis einer Verpflichtung durch die Obrigkeit klar ersichtlich, daß eine bloße Aufstellung eines Gewerbetreibenden nicht zu genügen vermag ebenso, wie auch eine nur behördliche Konzessionierung den an die Personen des § 266 Ziff. 3 R. Str. G. B. gestellten Erfordernissen nicht entspricht.

[1]) Vergl. R. G. O. § 6.
[2]) Vergl. R. G. E. 19197; 9139.
[3]) Vergl. R. G. O. § 36.

## § 7.

## Charakteristik der in § 266 R. Str. G. B. aufgeführten Personenklassen, Dauer ihrer Aemter.

Unter den in § 266 R. Str. G. B. aufgezählten Personenkategorien lassen sich die der Ziffer 1 und 3 einerseits, die der Ziffer 2 andererseits gegensätzlich gegenüberstellen. Erstere tragen den Grundzug der Oeffentlichkeit, eine Art Amtscharakter an sich, letztere dagegen privaten Charakter, indem die hier genannten „Bevollmächtigten" von jedem beliebigen Subjekt, jedem Privatmanne, ihre Vollmacht erhalten haben können.

Aber auch Ziffer 1 und 3 bilden unter sich einen gewissen Gegensatz. Ziffer 3 erwähnt ausschließlich Amtspersonen, für welche als Essentiale Bestellung durch die Obrigkeit und Verpflichtung durch dieselbe im Gesetz selbst verlangt ist. Für die Personen der Ziffer 1 dagegen wird ein solches Erfordernis nicht gestellt. Wohl aber tragen die Mehrzahl der hier aufgeführten Kategorien schon nach den Bestimmungen des Privatrechtes Amtscharakter an sich. Sie übernehmen ihre Verpflichtung unter Mitwirkung der staatlichen Obrigkeit und unterstehen der ständigen Aufsicht derselben, wenn auch immerhin ihr Wirkungskreis auf das Privatrecht sich erstrecken mag. Auch das Reichsgericht urteilt in gleicher Weise und hat in seinen Entscheidungen u. a. von der „öffentlich rechtlichen Verpflichtung" des Aftererbpflegers des badischen Landrechtes [1]) und von der „unmittelbar dem Gesetz entnommenen" Funktion des Konkursverwalters [2]) gesprochen.

Zwei von den in § 266 Ziffer 1 aufgeführten Personenkreisen machen aber wiederum eine Ausnahme von der Regel, nämlich Stiftungsverwalter und Vollstrecker letztwilliger Verfügungen, indem ihre Bestellung auch durch Private erfolgen, ihr Amt privatrechtlichen Charakter haben kann.

Einer der in § 266 des R. Str. G. B. aufgezählten Personenkategorien muß der Thäter angehören, wenn er den Strafbestimmungen des genannten Paragraphen unterliegen soll. Wer

[1]) Vergl. R. G. E. $11_{244}$.
[2]) Vergl. R. G. E. $26_{107}$.

dagegen als Pseudovormund oder Pseudobevollmächtigter das Vermögen eines Anderen beschädigt, begeht vielleicht Betrug oder Unterschlagung, aber keine Untreue.[1]) Andererseits besteht jedoch unter diesen verschiedenen Personenkreisen des § 266 kein Rangunterschied, wie man vielleicht aus ihrer Aufzählung oder Stellung im Gesetz entnehmen könnte. Es ist vielmehr ein Katalog völlig gleichstehender Subjekte in den einzelnen Ziffern genannt; die Zugehörigkeit des Uebelthäters zur einen oder anderen Klasse bleibt für das Strafausmaß völlig belanglos. Ja noch weitergehend, darf man sagen, daß auch ein Irrtum des Thäters über seine Eigenschaften ohne Bedeutung ist, sodaß z. B. der Untreue jemand schuldig gesprochen werden kann, der sich für einen Mäkler hält, als Mäkler zu handeln glaubt, während er in Wahrheit als Vormund dem Mündel benachteiligende Handlungen verübte.

Die Dauer der Möglichkeit einer Bestrafung aus § 266 Ziff. 1 und 2 des G. Str. G. B. ist bestritten.

Was vorerst die Ziffer betrifft, so endet z. B. die Vormundschaft nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes mit dem Eintritt gewisser im Gesetz ausdrücklich hervorgehobener Ereignisse, wie z. B. Tod, Großjährigkeit des Mündels. Damit ist zwar formell die Vormundschaft beendet, immerhin wird der Vormund aber noch Vermögensstücke des Mündels in Händen haben. Ammon würde es hier für unverständlich halten, wenn nicht auch auf solche Fälle das Gesetz sich beziehen würde. „Vielmehr werde dadurch allein den vorhandenen Bedürfnissen Rechnung getragen und widerspreche es auch nicht dem Gesetzestext, wenn auf das materielle Rechtsverhältnis und nicht auf das äußerlich formalistische Fortbestehen des Vormundschaftsverhältnisses das Hauptgewicht gelegt werde. Bei dieser Auslegung trete das Strafgesetzbuch keineswegs in einen Gegensatz zum Zivilrecht, denn auch nach dem letzteren wirke das Vormundschaftsverhältnis noch über das formelle Bestehen der Vormundschaft hinaus und sei die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des bisherigen Vormundes als solchen mit dem Aufhören seiner Funktion durchaus nicht

[1]) Vergl. Frank.

immer erschöpft, indem im Gegenteil die actio tutelae gegen den Vormund erst mit Beendigung der Tutel erwachse".

Diesem Standpunkt, daß § 266 R. Str. G. B. solange anwendbar sei, als sich noch Vermögen des Mündels in Händen des Vormundes sich befinde, hat sich auch das Reichsgericht in einer seiner neueren Entscheidungen [1]) angeschlossen, wonach „das in den Händen des Vormundes befindliche Vermögen des Mündels eine seiner Aufsicht anvertraute Sache im Sinne des § 266 R. Str. G. B. bis zur Rückgabe an das Mündel sei."

Diese nur das materielle Rechtsverhältnis unter Außerachtlassung des Formalistischen berücksichtigende Anschauung dürfte zu weitgehend sein. Denn wenn einmal das Vormundschaftsamt erloschen ist, dann hat der Vormund auch kein Recht mehr, zu verfügen und gerade dieser Punkt, die rechtliche Verfügungsbefugnis ist es, die wir früher als Charakteristikum der Untreue hervorgehoben haben. Auch daraus, daß im Zivilrecht die actio tutelae gegen den Vormund erst mit Beendigung der Tutel erwachse, Schlüsse für eine erweiternde Anwendbarkeit des § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. mit Ammon ziehen zu wollen, geht schwerlich an. Allerdings wird die actio tutelae nach Beendigung der Vormundschaft gegen den Vormund angestellt, ebenso wie auch die Strafklage nach Beendigung des Amtes gegen einen ungetreuen Vormund erhoben werden kann, aber beide Klagen beziehen sich auf das Vormundschaftsverhältnis, auf die Zeit, wo der Vormund eben noch als Vormund gehandelt hat.

Andererseits ist eine in einer früher getroffenen Entscheidung [2]) des Reichsgerichtes hervorgetretene Anschauung, wonach die nach dem Tode des Curanden vorgenommenen Handlungen des Curators den Thatbestand der Untreue im Sinne des § 266 nicht mehr erfüllen können, wiederum zu eng gefaßt. Ich möchte hier im Anschluß an das bürgerliche Recht eine in der Mitte stehende Ansicht vertreten.

Nach den Motiven zum Entwurf des B. G. B. § 1704 endet beim Eintritt gewisser Ereignisse zwar die Vormundschaft

[1]) Vergl. R. G. E. $17_{241}$; vergl. auch Frank.
[2]) R. G. R. $2_{622}$.

überhaupt, nicht aber das Amt des Vormundes. Das Amt hört mit wenigen Ausnahmen, nämlich bei Tod, Todeserklärung und Geschäftsunfähigkeit des Vormundes, „nicht kraft Gesetzes schon dann auf, wenn der Grund, welcher einer Weiterführung entgegensteht, objektiv eingetreten ist, sondern erst dann, wenn das Vormundschaftsgericht wegen des Eintrittes eines solchen Grundes den Vormund entläßt". Die Entlassung durch das Vormundschaftsgericht beendet darnach das Amt; vorher ist der Vormund, auch wenn die Vormundschaft beim Eintritt gewisser Ereignisse erlischt, noch in seiner Funktion; er hat die rechtliche Befugnis der Vermögensverwaltung des Mündels und kann sich durch eine schlechte Führung derselben einer Untreue aus § 266 R. Str. G. B. schuldig machen.

Daß diese Grundsätze auf die übrigen Funktionäre der Ziffer 1 des § 266 R. Str. G. B. analog angewendet werden, ist selbstverständlich.

Besondere im B. G. B. für den Testamentsvollstrecker getroffene Bestimmungen müssen hier noch erwähnt werden.

Gemäß § 2218 B. G. B. finden auf das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 673 Absatz 2 und 674 B. G. B. entsprechende Anwendung. Darnach können Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers auch nach dem Erlöschen des Rechtsverhältnisses noch fortbestehen. Wenn nämlich mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, so hat er die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann. Der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend. Ferner wird nach § 674 des B. G. B. der Auftrag, falls er in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, zu gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend betrachtet, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erhält oder das Erlöschen kennen muß. Diese Grundsätze, auf den Testamentsvollstrecker sinngemäß angewendet, ergeben, daß derselbe auch dann noch, wenn sein Amt erloschen ist, bei mit dem Aufschub der Geschäfte drohender Gefahr sowie bei Unkenntnis des Erlöschens seiner Funktion, noch rechtswirksame Verfügungen über das Vermögen des Erblassers zu treffen

berechtigt und deshalb auch dann noch bei unrichtiger Geschäftsführung wegen Untreue zu bestrafen ist.

Hinsichtlich der Dauer einer Vollmacht und der Dauer der Möglichkeit einer Bestrafung aus § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. mag hier noch folgendes angeführt sein.

Die Vollmacht des B. G. B. erlischt durch Widerruf, falls nicht ein solcher nach dem Rechtsverhältnis ausgeschlossen ist. Ob es im übrigen noch andere Gründe für das Erlöschen gibt, ist dem Rechtsverhältnis zu entnehmen, auf dem die Vollmacht beruht. Zum Schutze redlicher Dritter sind aber noch besondere Bestimmungen getroffen derart, daß Rechtsgeschäfte, welche der vormalige Vollmachtnehmer nunmehr im Namen des vormaligen Vollmachtgebers vornimmt, nach wie vor zu Lasten wie zu gunsten des letzteren wirksam sind, auch wenn die Vollmacht selbst längst erloschen ist, wenn nämlich der Widerruf nicht in derselben wie die Anzeige erfolgt, wenn die Vollmachtsurkunde nicht zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist.

Die Dauer einer Vollmacht hinsichtlich ihrer Strafbarkeit aus § 267 Ziff. 2 R. Str. G. B. ist bestritten. Frank meint, daß der Betreffende, der rechtlich aufgehört hat, Bevollmächtigter zu sein, aber thatsächlich sich noch in dieser Stellung befindet, wenn z. B. seine Vollmacht widerrufen ist, er aber trotzdem sich noch im Besitze der schriftlichen Vollmacht befindet und auf Grund derselben handelt, in seinem Bevollmächtigungsverhältnis auch noch eine Untreue begehen könne.

Auch Ammon ist der Ansicht, daß sich Bevollmächtigte nach der formellen Beendigung ihrer Funktion einer Untreue nach § 266 schuldig machen können, da die Annahme des Gegenteils unpraktisch wäre, auch das Strafgesetz mit der Auslegung nach seiner Ansicht in keinen Widerspruch zum Zivilrecht trete, indem auch hier nicht immer mit dem formellen Ende des Vollmachtsvertrages die materielle Wirkung und jede Verantwortlichkeit der Bevollmächtigten gegenüber dem Geschäftsherrn beseitigt sei.

Endlich äußert sich das Reichsgericht wiederholt in ähnlichem Sinne. So sagt es einmal: [1]) „§ 266 Ziff. 2 kann nicht

[1]) Vergl. R. G. R. 8432.

gewillt gewesen sein, den Machtgeber gegen solche, gerade unter doloser Benutzung der Vollmacht mit besonderer Verletzung von Treu und Glauben vorgenommenen Verfügungen über sein Vermögen seitens des Bevollmächtigten nach Widerruf der Vollmacht schutzlos und die von ihm mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung gerade da straflos zu lassen, wo sie besonders flagrant hervortritt", und an anderer Stelle:[1] „Jedenfalls fällt unter den Thatbestand des § 266 Ziff. 2, wenn der Bevollmächtigte nach Widerruf der Vollmacht unter Mißbrauch der widerrufenen Vollmacht absichtlich zum Nachteil des Machtgebers über Vermögensstücke desselben verfügt. Denn der Bevollmächtigte ist auch nach dem Widerruf der Vollmacht rechtlich und thatsächlich in der Lage, auf Grund derselben über das Vermögen des Machtgebers zu dessen Nachteil mit Rechtswirkung gegenüber gutgläubigen Dritten zu verfügen, wenn und solange er die ihm abgeforderte, widerrufene Vollmacht nicht zurückgegeben, sondern in Händen behalten hat. Handelt der Bevollmächtigte nach dem Widerruf auf Grund und unter Benutzung der Vollmacht, so handelt er als Bevollmächtigter."

Auch hier möchte ich im Anschluß an das B. G. B. eine gegenteilige Meinung zur Durchführung bringen. Mit dem Eintritt der oben angeführten Fälle ist die Vollmacht erloschen, wenn der frühere Bevollmächtigte Dritten gegenüber auch noch als Bevollmächtigter erscheint. Damit ist auch seine rechtliche Befugnis, über Vermögensstücke des Auftraggebers zu verfügen, erloschen. Das Reichsgericht sagt zwar, der Bevollmächtigte sei auch noch nach Widerruf der Vollmacht rechtlich und thatsächlich in der Lage auf grund der Vollmacht zu verfügen; jedoch ist dies nicht ganz zutreffend. Thatsächlich ist er wohl in der Lage; seine Verfügung hat auch Rechtswirksamkeit; jedoch hat er nicht mehr das Recht, zu verfügen und kann sich daher auch keiner Untreue mehr schuldig machen. Daß über diese vielleicht manche Härten aufweisenden, aus dem Rechte selbst entwickelten Grundsätze Gründe der Billigkeit interpretierend nicht hinwenhelfen können, ist selbstverständlich.

Für die im § 266 Ziff. 3 aufgezählten Personenkategorien dürfte hinsichtlich der Dauer der Möglichkeit einer Begehung der

[1]) Vergl. R. G. E. 14184.

Untreue ein Zweifel kaum bestehen. Ihr Amt und ihre Strafbarkeit beginnt mit der Verpflichtung durch die Obrigkeit, es kann durch Zeitablauf, Entlassung, beiderseitige Kündigung oder Tod enden. Mit diesem Zeitpunkt ist den Personen ihr Amtscharakter genommen. Es fehlt ihnen jede rechtliche Befugnis, zur Ausübung der Funktion, weshalb sie auch sich einer Untreue nicht mehr schuldig machen können

## § 8.

## Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziffer 1 R. Str. G. B. Begriff der Benachteiligung.

Objekt des Deliktes in § 266 R. Str. G. B. ist, wie schon früher dargethan, ausschließlich das Vermögen, nicht dagegen persönliche Rechte oder Interessen des Auftraggebers, „nicht etwa die Interessen an sittlich ernster Erziehung, an tiefer Bildung von Geist und Gemüt, an Stählung der Gesundheit und Entwicklung der Körperkraft". [1]) An diesem Vermögen muß eine Benachteiligung eingetreten sein. Der Begriff der Benachteiligung in § 266 ist bestritten. Binding will unterscheiden zwischen juristischem und ökonomischem Vermögen. Nach seiner Ansicht ist jedes Vermögensrecht positiver Teil des Vermögens und es kann etwas ökonomisch als Last erscheinen, was juristisch Vermögen ist, wie z. B. das Eigentum an einem Pferd, dem das Gnadenbrot gereicht wird. Demnach ist jeder an seinem Vermögen geschädigt, der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, — ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße, wie in den meisten Fällen, sich auch als Verlust oder aber als Gewinn darstellt. Dieser Ansicht Bindings steht die

[1]) Vergl. Olshausen II, Merkel, v. Liszt, Frank, Hälschner, Berner, Holtzendorff.

Meinung einer großen Anzahl von Autoren, sowie die übereinstimmende Rechtsprechung des Reichsgerichtes entgegen. Darnach kann von einer Benachteiligung des Vermögens nur die Rede sein, wenn der Wert desselben wider den Willen des Berechtigten vermindert ist. Die Einwirkung auf das Vermögen des Verletzten schließt einen materiellen Verlust für denselben in sich; das Vermögen repräsentiert nach Vollendung der That einen geringeren Wert, als es repräsentiert haben würde, wenn die That nicht begangen worden wäre.

Diese letztere Ansicht muß entgegen der Meinung Bindings als die richtige anerkannt werden. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches sind dem Bedürfnis des Volkes entsprungen und müssen daher auch dem Volksbewußtsein angepaßt sein. Nach der allgemeinen Anschauung kann aber nur dann von einem Vermögensnachteil gesprochen werden, wenn wirklich eine Verminderung seines Wertes eingetreten ist, da eben nur eine positive Minderung - mag dieselbe allerdings auch noch so klein sein - von der großen Menge als wirklicher Nachteil empfunden wird. „Der natürliche Wortsinn wäre" mit Bindings Ansicht „verleugnet, ohne daß sich für diese Verleugnung irgend eine Rechtfertigung erbringen ließe. Ein Grund zu der Annahme, daß der Gesetzgeber von Vermögensbeschädigung in einem sprachlich unmöglichen Sinn rede, daß er das Erfordernis einer wirklichen Beschädigung damit nicht aufstellen, sondern ausschließen wolle, existiert nicht." [1]) Es muß also ein pekuniärer Nachteil eingetreten sein, der freilich nach den individuellen Verhältnissen, den konkreten Thatumständen festzustellen ist. Der Nachteil muß aber keinen endgültigen und dauernden Vermögensverlust enthalten. Ja, schon eine Gefährdung kann genügen. Aber nicht jede Gefährdung ist notwendig eine Vermögensbeschädigung. Sie ist es aber dann, wenn sie dem Vermögen sogleich mit der Sicherheit einen Teil seines Wertes raubt, wenn sie etwa in der Aufhebung einer das Vermögen sichernden Hypothek besteht. Wenn dagegen durch diese Gefährdung für die Zukunft nicht schon der gegenwärtige Wert des Vermögens thatsächlich vermindert wird, so kann von einer Beschädigung nicht die Rede sein, da eine solche

[1]) Vergl. Holtzendorff.

notwendig eine nachteilige Veränderung des aktuellen Vermögenszustandes voraussetzt.[1] Daß eine bloße Gefährdung des Vermögens überhaupt einen Vermögensnachteil im Sinne des § 266 R. Str. G. B. enthalten könne, wird von Binding[2] geleugnet, „da eine bloße Gefährdung des Vermögens den Rechtsbestand intakt läßt und deshalb keine Vermögensbeschädigung darstellt". Diese Anschauung ist aber nur eine Konsequenz der oben zitierten Ansicht Bindings über das Vermögen und den Vermögensnachteil, der nicht pekuniär zu schätzen sei, sondern nur den Verlust eines, wenn vielleicht auch wertlosen Vermögensstückes bedeute. Uns dagegen, die wir Nachteil lediglich als Wertminderung auffassen, muß selbstverständlich auch schon jede Gefährdung, welche den gegenwärtigen Vermögenswert vermindert, als Nachteil erscheinen.

Der Nachteil kann entweder „effektive, substanzielle Verminderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes, also ein positiver Verlust, damnum emergens, oder ein entgangener Gewinn, lucrum cessans sein.[3] Letzterer enthält die Beschädigung eines bereits vorhandenen Vermögens, also nicht bloß die Möglichkeit einer Beschädigung.[4] Da nun nach dem bürgerlichen Recht[5] lucrum cessans der Gewinn ist, der mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, so stellt entgangener Gewinn nur dann eine Vermögensbeschädigung dar, wenn er nach Maßgabe der objektiven Verhältnisse thatsächlich von selbst zugeflossen wäre, wenn also bereits ein rechtlich begründeter Anspruch auf den Gewinn bestand.[6]

Bei der Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, können die persönlichen Verhältnisse der betreffenden Person nicht außer Ansatz bleiben; denn es ist sehr wohl möglich, daß durch

[1] Vergl. R. G. E. $3_{142}$, $16_1$, $17_{233}$; ferner R. G. E. $19_{81}$; ferner R. G. E. $9_{168}$. Vergl. dazu Berner, Hälschner Strafrecht.

[2] Vergl. Binding Grundriß II.

[3] Vergl. R. G. R. $3_{772}$.

[4] Vergl. R. G. R. $2_{577}$.

[5] Vergl. B. G. B. $9_{168}$.

[6] Vergl. Frank Strafgesetzbuch.

ein gewisses Ereignis das eine Vermögen geschädigt wird, das andere aber nicht.

Man darf aber nicht in jeder benachteiligenden Handlung den Thatbestand der Untreue sehen. Wer für einen andern handelt, muß eine gewisse Freiheit des Handelns haben, wie sie für ein gedeihliches Handeln erforderlich ist, und eine ordnungsmäßige Geschäftsführung verlangt. Erst wenn er die Grenzen dieser ordnungsmäßigen Geschäftsführung überschreitet, können seine Handlungen als Untreue strafbar werden. Ferner ist nicht jede Aufgabe von Vermögensrechten, bez. Vereitlung von Gewinn, eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 266 R. Str. G. B. Wenn derselben nämlich die gleichzeitige Erlangung eines Aequivalents von gleichem oder größerem pekuniären Wert gegenübersteht, so muß eine Vermögensbeschädigung als ausgeschlossen erscheinen. Allerdings ist hierbei wieder der individuelle Wert zu berücksichtigen, wonach von Gleichwertigkeit nur gesprochen werden darf, wenn der Machthaber nach seinen Verhältnissen von dem Erworbenen einen äquivalenten Gebrauch machen kann.

Die Vermögensbeschädigung darf den verschiedensten Inhalt haben; alles, „worüber bereits jetzt in der Form eines Rechtsgeschäftes wirksam verfügt werden kann", ist möglicher Gegenstand einer Vermögensbeschädigung. Nun gibt es Ansprüche, die auf unsittlicher, unerlaubter Handlung beruhend, ungeeignet sind, nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes Anerkennung im Recht zu finden. Auf diese Vermögensansprüche hat der Machtgeber kein Recht, er kann also seinem Funktionär nicht die rechtliche Befugnis erteilen, über solche Ansprüche zu verfügen, so daß derselbe sich durch den Auftraggeber benachteiligende Verfügung über solche Ansprüche auch nicht einer Untreue schuldig macht.

Als Objekt der Benachteiligung werden zwar im Texte der Ziffer 1 des § 266 R. Str. G. B. nur Sachen genannt; jedoch ist unzweifelhaft und ergibt sich aus dem Amtskreise der in genannter Ziffer aufgeführten Personenkategorien, daß hier das Wort „Sachen" in dem auch die „Forderungen" umfassenden Sinn gebraucht ist. [1])

[1]) Vergl. R. G. E. $12_{184}$.

Was den Ausdruck „ihrer Aufsicht anvertraut" anbelangt, so hat derselbe die Bedeutung, daß den Funktionären eine thatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wurde, sie werden ihre Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen. [1])

Wenn nun für eine Benachteiligung die Strafe des § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. Anwendung finden soll, so muß die schädigende Handlung oder Unterlassung stets ihren Grund in der amtlichen Stellung der hier erwähnten Subjekte haben, d. h. die Amtsperson muß gerade und lediglich durch ihre Stellung im stande gewesen sein, das Vergehen auf die einzig für die Untreue charakteristische Art und Weise auszuführen, sie muß gerade auf Grund des eigentümlichen Verhältnisses gehandelt haben, das sie zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet. [2]) Deshalb kommt Ziffer 1 z. B. nicht zur Anwendung bei Unterlassung der Ersatzleistung unterschlagener Mündelgelder, weil hier die Unterlassung ihren Rechtsgrund nicht in der Stellung des Vormundes als solchen, sondern in einer von ihm begangenen strafbaren Handlung hatte. [3]) Ebenso liegt keine Verletzung des § 266 Ziff. 1 R. Str. G. B. vor, wenn die Vermögensbeschädigung in einer Angelegenheit stattgefunden hat, für welche dem Bevormundeten wegen kollidierender Interessen des Vormundes ein Pfleger bestellt ist, wo der schädigende Vormund sonach nicht als solcher, sondern in anderer Eigenschaft, z. B. als Schuldner des Mündels, handelt. [4]) Vor der Bestellung dieses Pflegers jedoch ist der Vormund selbst bei kollidierenden Interessen seiner Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Vermögensverwaltung nicht entbunden. Er darf die Rechte des Mündels nicht einfach ignorieren und muß der Vormundschaftsbehörde Kenntnis geben, damit diese für anderweitige Wahrung der Rechte des Mündels Sorge trage. [5])

[1]) Vergl. R. G. E. $4_{386}$.
[2]) Vergl. Frank Strafgesetzbuch zu § 266.
[3]) Vergl. R. G. R. $7_{892}$.
[4]) Vergl. R. G. E. $13_{333}$, dazu Binding Grundriß II 222.
[5]) Vergl. R. G. E. $19_{81}$.

Ob endlich der Funktionär schon vor seiner Bestellung zum Amte die Vermögensstücke erhalten hat oder erst später, ist für den Thatbestand der Untreue belanglos, wenn nur die kraft seiner Bestellung dem Funktionär anvertraute Vermögensverwaltung sich auf diese betreffenden Objekte erstreckt. [1])

## § 9.

## Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B.

Als mögliches Objekt werden in § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. „Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers" angeführt.

Unter „Vermögensstücken des Auftraggebers" hat man, wie schon die Wortfassung außer Zweifel stellt, Einzelobjekte [2]) zu verstehen, die wie das Reichsgericht einmal sagt, nach den Bestimmungen des maßgebenden Zivilrechtes [3]) der ausschließlichen Herrschaft des Machtgebers unterworfen sind. Diese Voraussetzung trifft vor allem in Ansehung derjenigen Vermögensstücke des Machtgebers zu, welche nach jenen Bestimmungen zu seinem eigenen Vermögen gehören, welche also der Bevollmächtigte bei Beginn seiner Mission als Eigentum des Machtgebers vorgefunden oder auch späterhin im Namen des Vertretenen erworben hat. Aber die ausschließliche Herrschaft des Machtgebers dürfte sich wohl noch über den Bereich seines Eigentums hinaus erstrecken. Allerdings würde es zu weit gehen, mit Kronecker, [4]) dem das Vermögen kein zivilrechtlicher, sondern wesentlich ein „wirtschaftlicher Begriff" ist, als Vermögensstücke des Auftraggebers auch solche

---

[1]) Vergl. R. G. E. 29450.

[2]) Vergl. R. G. E. 1072; 13275; R. G. R. 676.

[3]) Vergl. R. G. E. 2188; ebenso Binding Grundriß 2222. And. Meinung: Merkel H. H. 3783; Kronecker G. 34403.

[4]) Vergl. Kronecker in Goltdamner's Archiv f. preußisches Strafrecht. Bd. 34.

Gegenstände anzusehen, welche „lediglich auf grund formell zivilistischer Momente Eigentum des Handelnden geworden sind, während sie wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehören". Denn sobald eben der Bevollmächtigte juristisches Eigentum an einer Sache erlangt hat, verfügt er über dieselbe kraft eigenen Rechtes und nicht mehr im Auftrag des früheren Eigentümers, weshalb er durch Zuwiderhandeln gegen den Willen desselben sich auch keiner Untreue mehr schuldig machen kann.

Wohl aber greift die Herrschaft des Machthabers auch auf diejenigen Vermögensstücke, welche seiner Obhut mit der Befugnis zur alleinigen Verfügung anvertraut sind und für die er deshalb verantwortlich ist. Falle der letzteren Art unter die Ziffer 2 des § 266 R. Str. G. B. zu stellen, wird auch durch den Wortlaut dieser Bestimmung nicht gehindert: denn ein Vormund, Kurator oder eine andere in Ziffer 1 bezeichnete Person, welche in dieser Eigenschaft eine Vollmacht erteilt, bevollmächtigt zu Rechtshandlungen über das in der betreffenden Eigenschaft ihm zustehende Vermögen, und treulose Verfügungen seines Bevollmächtigten gereichen ihm als Repräsentanten dieses Vermögens zum Nachteil. [1]

Daß andererseits Gegenstände, die der Bevollmächtigte zwar mit des Auftraggebers Geld, jedoch im eigenen Namen gekauft hat, nicht mehr taugliche Objekte der Untreue sein können, ergibt sich von selbst aus dem oben Gesagten, da ja solche Gegenstände nach den Bestimmungen unseres Zivilrechtes nicht dem Machtgeber, sondern dem Bevollmächtigten zu eigen geworden sind. [2]

Die Frage nach dem Besitzer, ob nämlich der Beschädigte oder ein Dritter das Vermögensstück in Händen hat, kommt für die Anwendbarkeit des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. nicht in betracht.

Was den Ausdruck „Forderungen" betrifft, so ist selbstverständlich, daß nur solche des Auftraggebers an Dritte, nicht dagegen solche des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten gemeint werden können. Denn nach der ausdrücklichen Bestimmung des des § 181 B. G. B. ist es dem Bevollmächtigten, soweit es sich

[1]) Vergl. R. G. E. 26107.

[2]) Vergl. Kronecker G. A. Bd. 34.

nicht ausschließlich um die Erfüllung seiner Verbindlichkeit handelt, prinzipiell nicht möglich, rechtswirksam über seine eigenen Schulden an den Auftraggeber zu verfügen. Erfüllt er aber seine Verbindlichkeit, so verfügt er sicher nie zum Nachteil seines Vollmachtgebers.

Es erübrigt, noch einige Worte über die Schuldverschreibung zu sprechen. Daß eine gewöhnliche Schuldverschreibung, die sich in Händen des Schuldners befindet, nicht zu seinem Aktivvermögen gehört, wird nirgends bezweifelt. Denn der Schuldurkunde lediglich mit Rücksicht auf das Papier einen in Geld schätzbaren Wert beizulegen, dürfte kaum angängig sein. Dagegen ist die Frage bestritten, ob ein Wechselaccept, solange der Wechsel sich noch beim Acceptanten oder dessen Bevollmächtigten befindet, zum Aktivvermögen des Acceptanten gehöre. Das Reichsgericht hat sich hiezu wiederholt in bejahendem Sinne geäußert. Es findet den Vermögenswert „in der Negative, daß, solange das Accept im Eigentum und Besitz des Acceptanten sei, derselbe vor einem Mißbrauch, welcher mit dem Accept getrieben werden könnte, geschützt sei. Denn wenn derselbe nicht Eigentum und Besitz am Accept hätte, so könnte ein Dritter nach den Grundsätzen über bonae fidei possessio daraus Rechte zu des Acceptanten Nachteil ableiten. Der Vermögenswert dieser Fortdauer von Besitz und Eigentum am Wechselaccept lasse sich, namentlich wenn schon die Wechselsumme hinzugefügt worden sei, sehr leicht in Geld schätzen." [1] Allein diese Gründe werden uns kaum bewegen können, der Ansicht des Reichsgerichtes beizutreten. Das in den Händen des Acceptanten oder dessen Bevollmächtigten befindliche Wechselaccept hat noch keinen Vermögenswert, der Acceptant ist nicht reicher durch dasselbe und um dasselbe, es gehört nicht zu seinem Aktivvermögen; erst in den Händen eines Dritten bekommt das Accept Vermögenswert. § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. fordert nun positiv eine Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers. Wo kein solches vorhanden ist, kann auch keine aus Ziff. 2 strafbare Verfügung geschehen. [2]

[1] Vergl. R. G. E. $13_{376}$; $10_{385}$; $14_{184}$; $23_{315}$.

[2] Vergl. Olshausen II 1035, Ammon „Die Untreue".

Ausnahmsweise dagegen darf man das Wechselaccept in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht dennoch als Vermögensstück des Acceptanten betrachten, wenn nämlich der Acceptant zugleich den Wechsel auf sich hat indossieren lassen. Hier kann in der Person des Acceptanten Forderung und Schuld aus dem Wechsel zusammentreffen und hier bildet die Wechselforderung ein solches einzelnes aktives Aktivvermögensstück, an welchem das Vergehen des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B. verübt werden könnte. [1])

Daß ein Loos als Vermögensstück anzusehen ist, liegt auf der Hand, da demselben stets mit Rücksicht auf einen allenfallsigen, wenn auch noch so unsicheren Gewinn einiger Wert beigemessen wird.

Ueber diese Vermögensstücke müssen „Bevollmächtigte" verfügen. Der Begriff des Bevollmächtigten, der in der Einräumung der rechtlichen Verfügungsgewalt gipfelt, wurde schon früher erörtert. Ein Vertragsverhältnis besteht also zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigten. Jedoch dieser Vertrag, auf welchem die Vertretungsbefugnis beruht, darf nicht zu enge aufgefaßt werden; er braucht nicht ausschließlich oder unmittelbar die Erteilung des Vollmachtsauftrages zum Gegenstand zu haben. Es genügt schon, wenn die bezeichnete vermögensrechtliche Befugnis nur die mittelbare aus dem Gesetz fließende Folge eines anderen, weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses ist. [2]) Ja die den Auftraggeber benachteiligende Verfügung braucht nicht einmal zu den vom Bevollmächtigten kraft erteilten Auftrages vorzunehmenden Geschäften gehören, falls nur die benachteiligende Verfügung nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrag steht und eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchen obliegende Pflichten enthält. [3])

Liegt aber die den Auftraggeber benachteiligende Verfügung objektiv oder subjektiv außerhalb der Grenzen der Vollmacht, so muß selbstverständlich die Anwendbarkeit der Nr. 2 des § 266 R. Str G. B. ausgeschlossen bleiben. [4])

[1]) Vergl. R. G. E. $13_{376}$.
[2]) Vergl. R. G. E. $19_{271}$.
[3]) Vergl. R. G. E. $28_{155}$, $32_{26}$; R. G. R. $10_{201}$; a. M. Binding $2_{221}$.
[4]) Vergl. R. G. E. $28_{155}$.

Die Beschaffenheit der Vollmacht endlich, ob nämlich der Bevollmächtigte hinsichtlich des Inhaltes und der Form des abzuschließenden Geschäftes von dem Vollmachtgeber erschöpfende Vorschriften erhalten hat, oder ob ihm in einzelnen Punkten, mögen diese sich als erheblich oder unerheblich darstellen, Spielraum zu eigener Entschließung gelassen worden ist, kommt für die Anwendbarkeit unseres Strafgesetzes nicht in betracht [1]).

## § 10.
## Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziff. 2 R. Str. G. B.

Für die Anwendbarkeit der Ziffer 3 des § 266 R. Str. G. B. muß die Benachteiligung, welche nur eine Schädigung des Vermögens sein kann [1]), nach dem Wortlaut des Gesetzes „bei u. s. w. den Geschäften erfolgt sein". Sohin wird nicht erfordert, daß gerade mittels der Art und Weise der Ausführung des Geschäftes selbst der Nachteil entstehe, sondern es genügt, wenn der betreffende Gewerbetreibende überhaupt, allerdings mit Beziehung auf den Gegenstand der ihm obliegenden Thätigkeit, unredlicher Weise die Vermögensbeschädigung verursacht. Der Begriff der Untreue verlangt aber in Ziffer 3 noch ein weiteres zu seinem Thatbestand ausdrücklich im Gesetzestext, daß nämlich gerade diejenigen, deren Geschäfte die Funktionäre besorgen, durch dieselben benachteiligt sind. Einzig und allein wegen dieser Benachteiligung ist eine Bestrafung aus § 266 Ziffer 3 R. Str. G. B. möglich, während wegen anderer gegen andere Personen verübte Vermögensbeschädigungen höchstens die Strafnormen wegen Diebstahl, Betrug u. s. w. in betracht kommen können.

## § 11.
## Verfügen und Handeln.

In Ziffer 1 des § 266 R. Str. G. B. wird zur Herbeiführung der Vermögensbenachteiligung schlechthin ein Handeln verlangt, das selbstverständlich möglicher Weise, z. B. bei der vor-

[1]) Vergl. früher § 8.

sätzlichen Verabsäumung eines Rechtsmittels seitens des Vormundes im Prozesse des Mündelvermögens, auch in einem pflichtwidrigen Unterlassen besteht.

Enger ist der in § 266 Ziffer 2 gebrauchte Begriff des Verfügens, indem man darunter nur eine Maßregel verstehen kann, welche in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zum betreffenden Vermögensstück herbeiführt; auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an. Zur Herbeiführung einer solchen Aenderung wird in der Regel positives Handeln erforderlich sein; doch ist dies prinzipiell nicht unbedingt nötig, wie beispielsweise Hälschner und Holtzendorff annehmen zu müssen glauben, nach welchen Unterlassungen bei der im 2. Absatz definierten Untreue (durch das Wort „verfügen") ausgeschlossen sind. Aus welchen Gründen genannte Schriftsteller mit anderen auf diese Einschränkung gekommen sind, kann nicht eingesehen werden. Wollte man „verfügen" nur als positives Handeln auffassen, so würde in bezug auf Nr. 2 eine bedeutende, auf keine Weise zu begründende Gesetzeslücke anzunehmen sein. Dies dürfte aber der Gesetzgeber kaum gewollt haben; zum mindesten hätte er dann eine Begründung für das Schaffen dieser gegenüber Ziffer 1 u. 2 einschränkenden Bestimmung in den Motiven, niedergelegt. Auch die oben erwähnten Schriftsteller wissen für ihre Ansicht keinen anderen Grund als lediglich aus dem Worte „verfügen" zu schließen. Dieser Grund ist jedoch nicht stichhaltig. Der gemeine Sprachgebrauch sieht ebenso manchmal in einer Unterlassung eine Verfügung, indem auch durch diese „eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück" herbeigeführt werden kann. Hierher ist z. B. die Unterlassung der Geltendmachung einer Forderung des Auftraggebers mit der — beabsichtigten — Wirkung des Eintrittes der Verjährung zu rechnen [1]).

Andererseits enthält ein Nichthandeln, welches weder das Vermögensstück selbst noch die Rechte des Auftraggebers an demselben in irgend einer Weise affiziert, keine Verfügung über Vermögen.

[1]) Vergl. R. G. E. $11_{412}$; ebenso H. Meyer. Anderer Meinung: Hälschner $II_{394}$; Merkel H. H. $III_{783}$. Holtzendorff III. Schütze 478 Nr. 9 Oppenhof Nr. 3.

In Consequenz dieses Standpunktes muß daher beispielsweise Untreue bei vorsätzlicher Unterlassung rechtzeitiger Ablieferung aus durch die Zwangsvollstreckung erlangtem Geld seitens des Gerichtsvollziehers verneint werden, da eben hier das Eigentumsrecht des Auftraggebers an den Vermögensstücken, wie das zu seinem Vermögen gehörige Forderungsrecht auf Herausgabe des Betrages durch die Verzögerung der Ablieferung völlig unberührt gelassen wurde.

Andererseits kann in den verschiedensten Fällen der Thatbestand des „Verfügens" für gegeben erachtet werden, wie in der Praxis bei Herbeiführung der Liquidation eines Vereins mittels Erschleichung eines Auflösungsbeschlusses durch eine statutenwidrig zusammengesetzte Generalversammlung [1]), bei Bezahlung der Rechnung zum vollen Betrag ohne Abzug des dem Machtgeber kontraktlich zugesicherten Rabattes [2]), u. s. w., die Ziffer 2 des § 266 R. Str. G. B. für anwendbar erklärt wurde.

Im Gesetz wird einfach von „verfügen" gesprochen. Dies deutet jedenfalls auf den Verlust von Aktiven hin. Binding [3]) will nun dieses „Verfügen" ausdehnend interpretieren, er will auch in der reinen Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden Untreue erblicken. Doch dagegen darf man wohl behaupten, daß eine solche Auslegung dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht, und die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichtes [4]) teilen. Darnach ist die reine Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit einer Schuldverbindlichkeit zwar eine dieses Vermögen affizierende Verfügung; sie bewirkt direkt eine Minderung seines Wertbestandes und sie führt, wenn es zur Erfüllung der Schuld kommt, zum Verluste einzelner konkreter Bestandteile desselben, sei es der gezahlten Geldsumme, sei es anderer, im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommener Vermögensstücke.

[1]) Vergl. R. G. E. $23_{97}$;

[2]) vergl. R. G. E. $2_{215}$;

[3]) vergl. Binding, Grundriß 2;

[4]) vergl. R. G. E. $10_{72}$.

Man könnte daher auch in der Belastung mit einer Schuld wohl eine indirekte Verfügung über das Vermögen des Auftraggebers als solches finden. Jedoch diese vermag nicht, im Gegensatz zu § 266 Ziff. 1, wo nur von einem Handeln zum Nachteil gesprochen ist, den Thatbestand des § 266 Ziff. 2 zu erfüllen, indem hier positiv eine benachteiligende Verfügung „über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers erfordert wird. Diese Wortfassung schon nötigt zu der Auslegung, daß unter den Vermögensstücken Einzelobjekte zu verstehen seien, welche als solche in dem Aktivvermögen des Auftraggebers bereits vorhanden sind und zur Zeit der Verfügung Bestandteile desselben bilden. Aber auch die Entstehungsgeschichte spricht für unsere Auffassung und steht der extensiven Interpretation Binding's im Wege. § 266 Ziff. 2 des R. Str. G. B. lehnt sich an die Vorschrift in Art. 287 Abs. 2 des sächsischen Str. G. B. an, und sie bezweckt nach Inhalt der Motive des revidierten Entwurfes zu § 246 R. Str. G. B. eine durch das praktische Bedürfniß gebotene Ergänzung der Vorschriften über Unterschlagung, insofern die letzteren diejenigen Fälle rechtswidriger Verfügung über fremde Vermögensrechte nicht treffen, deren Gegenstände notwendig überhaupt nicht eine körperliche Sache, sondern eine Forderung, oder eine Sache bildet, die sich nicht im Besitz oder Gewahrsam des Thäters befindet Diese Fälle hat das Gesetz unter den Begriff der Untreue stellen wollen. Es deutet aber nichts darauf hin, daß damit auch benachteiligende Verfügungen haben getroffen werden sollen, welche nicht derartige konkrete, bereits existente Einzelbestandteile des Vermögens des Auftraggebers zum Gegenstand haben. Ueber einen solchen, über ein Vermögensstück im Sinne des Gesetzes, ist nicht verfügt, wenn die Handlung nur in der Belastung des Vermögens mit einer Schuldverbindlichkeit besteht."

Auch zur Verfügung über eine Forderung wird verlangt, daß sie eine Aenderung des Verhältnisses des Auftraggebers, also des Forderungsberechtigten zum Vermögensstück der Forderung herbeiführt. Da aber hier ein Besitz nicht in Frage kommen kann, so ist hier eine derartige Veränderung nur hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses zur Forderung denkbar.

## § 12.

## Der subjektive Thatbestand des § 266 R. Str. G. B.

Der subjektive Thatbestand besteht in dem „absichtlichen Handeln zum Nachteil." „Absichtlich" kann in zweierlei Weise gedeutet werden, entweder so, daß der Endzweck des Handels die Benachteiligung des Auftraggebers ist, oder auch so, daß es lediglich „vorsätzlich" bedeutet. Thatsächlich werden auch beide Auslegungen in Theorie wie Praxis eingehend vertreten.

Für die erste Ansicht ist insbesondere Holtzendorff [1]) aufgetreten, der es „für unzulässig erachtet, dort, wo sich dies nicht spezieller begründen läßt, also u. A. in unserem Fall, das Wort „absichtlich" dem allgemeinen Sprachgebrauch entgegen als gleichbedeutend mit dem Worte „vorsätzlich" zu behandeln und die für jenes charakteristische Beziehung auf den Zweck der Handlung zu ignorieren. Auch Rubo [2]) nimmt an, daß absichtlich zum Nachteil eines anderen derjenige handelt, der eine Handlung vornimmt, um durch dieselbe dem anderen einen Nachteil zu verursachen, der demnächst auch entstanden ist. Der Nachteil selbst wie auch die Handlung, durch welche derselbe bewirkt worden ist, müsse daher vom Thäter gewollt sein.

Dem gegenüber mag zur Vertretung der gegenteiligen Ansicht folgendes angeführt werden.

Vor allem ist die Behauptung, daß die Deutung von „absichtlich" im Sinne von „vorsätzlich" in Widerspruch mit dem Sprachgebrauch stehe, unrichtig. Denn wenn jemand einen Erfolg voraussieht und dennoch handelt, so hat er sicher die Absicht, den Erfolg herbeizuführen, wenn dieser Erfolg auch nicht den Endzweck seines Handelns bildet. Daher ist es gleichgültig, ob diese Thätigkeit als eine vorsätzliche oder als eine absichtliche bezeichnet wird [3]).

---

[1]) Vergl. Holtzendorff IV zu § 266.
[2]) Vergl. Rubo Nr. 3, Oppenhoff Nr. 1.
[3]) Vergl. Hälschner.

Im weiteren sei zur Begründung der im Text vertretenen Ansicht, daß „absichtlich abwechselnd mit vorsätzlich und wissentlich für den Gedanken im Strafgesetzbuch gebraucht werde, daß die betreffende Handlung mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder des Erfolges geschehen sei," folgendes gesagt: [1])

Schon aus dem Wesen des Vergehens der Untreue, welchem als Charakteristikum die durch eine dortselbst angeführte Person vermittelst pflichtverletzender Handlungen oder Unterlassungen herbeigeführte Benachteiligung des Machtgebers innewohnt, darf man schließen, daß lediglich das Bewußtsein des Thäters, nachteilig zu handeln, genügt. Wenn das Wort „absichtlich" in dem Sinne gefaßt werden sollte, daß die Schadenszufügung als Motiv für das Handeln des Thäters maßgebend sein müsse, so würde die Strafbestimmung des § 266 wohl kaum jemals angewendet werden [2])

Aber noch deutlicher spricht der qualifizierte Fall des § 266 Abs. 2 R. Str. G. B. für die Auffassung der Praxis. Als straferschwerend kommt hier in betracht, daß die Untreue um des Vorteils des Thäters oder eines anderen willen begangen wurde.

Nun wird es ja meistens der Fall sein, daß der Thäter seinen eigenen Vorteil im Auge hat. Ob er aber daneben zugleich noch selbstständig die Absicht hat, seinen Machtgeber zu benachteiligen, dürfte wohl in den wenigsten Fällen festzustellen sein. Wollte man daher in Consequenz der gegnerischen Ansicht beide Momente als gleich notwendig für § 266 Abs. 2 erachten, so würde man sicherlich sehr oft auf Freisprechung erkennen müssen, in allen Fällen nämlich, in welchen der Thäter, wie es ja die Regel ist, lediglich aus dem Streben nach eigenem Vorteil delinquiert und sich davon auch nicht durch einen, wie er weiß, damit verbundenen Nachteil für den Geschäftsherrn abhalten läßt.

[1]) Vgl. R. G. E. $1_{172}$; $1_{329}$; R. G. R. $1_{273}$; $6_{785}$. Ebenso Geyer II, Binding Grundriß $2_{222}$; v. Liszt S. 478; Hälschner Nr. 2, Merkel, Berner, Frank.

[2]) Vergl. R. G. R. $6_{785}$.

Endlich wurden von gegnerischer Seite noch wiederholt daraus Schlüsse zu ziehen versucht, daß in § 266 R. Str. G. B., einer Nachbildung des § 246 des preuß. Strafgesetzbuches das Wort „vorsätzlich“ in „absichtlich“ umgewandelt wurde. Jedoch daraus irgend welche Grundsätze herleiten zu wollen, ist nicht angängig. Denn, obwohl in den Motiven zum Entwurf des R. Str. G. B. alle Aenderungen am Vergehen gegenüber dem § 246 pr. R Str. G. B. peinlich genau hervorgehoben und ausdrücklich begründet wurden, ist genannte Aenderung einfach mit Stillschweigen übergangen, wohl Beweis genug dafür, daß man ihr in keiner Weise Bedeutung beigelegt hat.

Nach all' dem ist nicht erforderlich das Bewußtsein, daß ein Nachteil entstehen müsse. Es genügt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, das Bewußtsein, daß ein Nachteil entstehen könne. Denn, solange der Thäter nicht gerade den rechtsverletzenden Erfolg vermeiden wollte, solange er denselben vielmehr als möglich voraussehen mußte und dessen ungeachtet sich nicht von seinem Beginnen abhalten ließ, darf dieser dolus eventualis sicherlich für den Thatbestand des § 266 R. Str. G. B. als hinreichend erachtet werden [1]). Dieses Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird auch nicht von der vom Vorhandensein bereiter Mittel getragenen Absicht künftiger Ersatzleistung ausgeschlossen werden. So wenig die Thatsache der Ersatzleistung objektiv für den Thatbestand des vorher bereits vollendeten Deliktes von Bedeutung ist, ebenso wenig kann die bloße Absicht künftiger Ersatzleistung die objektiv rechtswidrige Aneignung zu einer subjektiv berechtigten machen. Nur dann könnte eine solche Absicht eventuell für den subjektiven Thatbestand von Bedeutung sein, wenn der Thäter begründeter Weise annehmen dürfte, daß der Eigentümer unter den obwaltenden Umständen das Thun des für ihn Handelnden billigen würde [2]). In diesem Falle würde nämlich die Benachteiligungsabsicht, der dolus, fehlen, indem der Thäter von der allerdings irrigen Ansicht

[1]) Vergl. R. G. E. $7_{279}$;

[2]) vergl. R. G. E. $21_{364}$;

[3]) vergl. R. Str. G. B. § 59.

ausging, im Einverständnis mit dem Machtgeber zu handeln, und es müßte aus diesem Grunde die Strafbarkeit entfallen.

Wenn endlich in § 266 R. Str. G. B. eine vorsätzliche und nur eine vorsätzliche Begehung des Deliktes unter Strafe gestellt wurde, so darf man dies wohl der Billigkeit des Gesetzgebers zurechnen, der nicht wollte, daß die ohnehin meistens unentgeltliche Amtsführung der in § 266 aufgeführten Personenkreise wesentlich erschwert würde, der überdies bei den zivilrechtlichen Folgen einer Fahrlässigkeit, wie Schadensersatz u. s. w. eine weitere strafrechtliche Sühne als überflüssig erachten mochte.

## § 13.

## Vollendung und Versuch.

§ 266 R. Str. G. B. erfordert zur Vollendung seines Thatbestandes der Untreue durchweg die wirkliche Herbeiführung eines Vermögensnachteils. Für Nummer 2 und 3 wird dies schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht bestritten werden können. Dagegen sind wegen der davon verschiedenen Fassung der Ziffer 1 wiederholt gegenteilige Ansichten für eben diese Ziffer vertreten worden. Jedoch derartige Schlüsse zu ziehen, daß hier schon dann Strafe für die pflichtwidrige Handlungsweise eintreten sollte, wenn daraus ein solcher Nachteil nur hätte entstehen können, dürfte zu weit gehen. Nirgends liegt hiefür ein Anhaltspunkt vor, und weder die Entstehungsgeschichte, insbesondere auch des § 246 des preußischen Str. G. B., noch die abweichende Wortfassung unter 1 und 3 des § 266 zwingen zu einer solchen Interpretation [1]). Vielmehr kann höchstens, solange ein Nachteil nicht eingetreten ist, ein Versuch der Untreue vorliegen. Ein solcher muß jedoch, da die nur mit „Gefängnis" bedrohte Untreue ein Vergehen ist, und andererseits für den Versuch dieses Vergehens nicht ausdrücklich eine Strafe normiert ist, straflos gelassen werden [2]).

[1]) Vergl. Rubo zu § 266; Hälschner.

[2]) vergl. § 1,2, § 43,2 R. Str. G. B.

## § 14.

## Der qualifizierte Fall des § 266 Abs. 2 R. Str. G. B.

Der Absatz 2 des § 266 R. Str. G. B. enthält einen erschwerten Fall der Untreue, wenn nämlich der Thäter delinquiert, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Außer der Benachteiligung des Machtgebers wird also hier ein zweites Thatbestandsmerkmal, nämlich ein Vermögensvorteil für den Thäter oder einem Dritten erfordert.

Im Gesetz ist schlechthin von Vermögensvorteil gesprochen im Gegensatz von Betrug und Untreue, wo die Rechtswidrigkeit desselben noch ausdrücklich im Gesetzestexte verlangt wird. Gleichwohl versuchen auch für Absatz 2 des § 266 einige Schriftsteller [1]) das Moment der Rechtswidrigkeit als notwendig zum Thatbestand gehörig interpretierend zu ergänzen. Aber nur Simonson hat seine Auffassung eingehender begründet.

Vor allem will er aus einer zwischen Betrug und der Unterschlagung des § 246 Abs. 2 einerseits und der erschwerten Untreue andererseits bestehenden Analogie den Schluß ziehen, daß der erstrebte Vermögensvorteil wie dort so auch hier „rechtswidrig" sein müsse. Doch dies dürfte doch nicht angängig sein, aus einer Analogie, und wären die verschiedenen Delikte im übrigen sich sonst vollständig gleich, auch hier Uebereinstimmung annehmen zu wollen. Ich glaube im Gegenteil schließen zu dürfen, daß, wie der Gesetzgeber bei den 2 vorhin genannten Delikten es für notwendig erachtete, das Moment der Rechtswidrigkeit eigens hervorzuheben, er es sicher auch bei dem Dritten gethan hätte, wenn er die Rechtswidrigkeit als zum Thatbestand gehörig erachtet wissen wollte. Auch die Vorgeschichte des § 266 wie des 263 vermag nichts für Simonson's Ansicht, der den im preußischen Strafgesetzbuch vorkommenden Ausdruck „gewinnsüchtiger Absicht" mit „in der Absicht u. s. w. sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" zu identifizieren versucht, zu beweisen. Denn Gewinnsucht und die Absicht auf einen rechtswidrigen

[1]) Vergl. Binding Grundriß $2_{222}$; Merkel H. Kl. „Untreue"; Schütze S. 478; Simonson „Vorteil" S. 66.

Vermögensvorteil sind zwei ganz verschiedene Begriffe. Die Sucht nach Gewinn, das Streben nach solchem ist kein Vergehen, durch bloße Gewinnsucht wird das Strafgesetz nicht verletzt, wohl aber ist jede Rechtswidrigkeit, jedes Zuwiderhandeln gegen das Recht, mit Strafe zu ahnden.

Auch der letzte Grund Simonson's, daß es nicht ersichtlich sei, wie die Erlangung eines berechtigten Vermögensnachteils ein Qualifikationsmoment bilden solle, ist ohne Bedeutung. Denn immer wird eine That, die in der Hoffnung, in der Absicht auf Gewinn begangen wurde, strafbarer erscheinen als eine solche, die nur aus Leichtsinn, Rachsucht u. s. w. geschieht.

Aus all dem kann also nicht geschlossen werden, daß der Vermögensvorteil ein rechtswidriger sein müsse. Vielmehr genügt die Absicht, sich einen an sich erlaubten Vorteil zu verschaffen, der als rechtswidrig nur etwa bezeichnet werden könnte, weil er mittels Benachteiligung eines anderen erstrebt wurde [1]).

Der Vorteil muß ein Vermögensvorteil sein. Dieser Begriff ist einerseits enger als Vorteil überhaupt, indem er vermögensrechtliche Bedeutung haben muß; gewöhnlich wird sogar ein pekuniärer Vorteil verlangt, der indessen einen bestimmten Schätzungswert in Geld nicht erfordere [2]). Andererseits geht der Begriff Vermögensvorteil weiter als der von Gewinn. Er umfaßt nämlich nicht nur eine wirkliche Vermögensmehrung, sondern unter der Voraussetzung, daß dadurch auch der gegenwärtige Wert erhöht wird, schon eine erhöhte Sicherheit des vorhandenen Vermögens oder eines Vermögensteils, namentlich also die Abwendung eines Schadens [3]); ferner die leichtere Realisierbarkeit eines vermögensrechtlichen Anspruches. Kurz gesagt: Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, jede Vermehrung des Gesamtvermögenswertes [4]).

Auf die Größe des Vermögensvorteils selbst kommt für den Thatbestand des Deliktes nichts an. Selbst wenn es sich nur um

[1]) Vergl. Hälschner $2_{394}$; v. Liszt.
[2]) vergl. v. Liszt Strafrecht.
[3]) vergl. Rubo Nr. 5 zu § 263.
[4]) vergl. R. G. E. $2_{352}$; $3_{378}$; $11_{155}$; $17_{223}$; R. G. R. $2_{599}$; $4_{669}$.

Erlangung eines geringwertigen Verzehrungsgegenstandes handelt, bei dem die Absicht auf augenblicklichen Genuß gerichtet ist, kann § 266 Abs. 2 R. Str. G. B. Anwendung finden. Höchstens für das Strafausmaß gewinnt neben der Vermögensschädigung ins besondere noch der erlangte Vorteil ausschlaggebende Bedeutung. Welcher Vermögensvorteil beabsichtigt wird, ist nach dem Gesetze nicht wesentlich. Es genügt schon eine Alternativvorstellung bezüglich desselben, sobald dadurch nur die Identität der That nicht in Zweifel kommt [1]).

Daß das Delikt der Untreue durch Beseitigung des einmal eingetretenen Nachteils nicht ebenfalls wieder aufgehoben wird, wurde schon früher hervorgehoben. Ebensowenig kann aber auch ein einmal eingetretener Vermögensvorteil durch die Möglichkeit der Notwendigkeit einer späteren Ersatzleistung den qualifizierten Fall des § 266 Abs. 2 R. Str. G. B. unanwendbar machen. Höchstens dürfte im Strafausmaß dieser Punkt eventuell in Berücksichtigung gezogen werden [2]).

---

## § 15.

## Strafe und Zuständigkeit.

Als Hauptstrafe ist für die „Untreue" ganz allgemein Gefängnisstrafe angedroht, sodaß dieselbe also die Dauer eines Tages bis zu fünf Jahren umfassen kann [3]). Hiezu darf im erschwerten Falle des § 266 Abs. 2 R. Str. G. B. sowie in § 146 des Genossenschaftsgesetzes noch eine Geldstrafe von 3 bis 3000 Mark über den Thäter verhängt werden [4]), während für Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates oder Liquidatoren einer Aktiengesellschaft die Geldstrafe sich sogar bis auf 20 000 Mark erhöhen kann [1]). Im Falle der Uneintreibbarkeit [5]) dieser Geldstrafe muß dieselbe in Gefängnis umgewandelt werden, wobei mit

[1]) Vergl. R. G. E. $4_{107}$;
[2]) vergl. R. G. E. $12_{395}$;
[3]) vergl. § 16 R. Str. G. B.;
[4]) vergl. § 27 R. Str. G. B.;
[5]) vergl. § 495 R. Str. P. O.

Rücksicht auf den Vergehenscharakter [1]) der Untreue der Betrag von 3 — 15 Mark einer eintägigen Gefängnisstrafe gleich zu achten ist.

Zu diesen empfindlichen Hauptstrafen kann, da dies ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist, als Nebenstrafe Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte treten, jedoch unter der legalen Voraussetzung, daß eine Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten ausgesprochen wurde. Anstatt dieser schwersten Nebenstrafe darf aber auch lediglich auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter für die Dauer von fünf Jahren erkannt werden [2]).

Die Strafbarkeit des Vergehens der Untreue verjährt, da die Untreue ein Vergehen ist, das im Höchstbetrag mit mehr als 3 Monaten Gefängnis bedroht ist, in fünf Jahren [3]). Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges. Erwähnt sei noch, daß die Untreue kein sog. Dauerverbrechen ist, daß sie also schon mit der verbotenen Handlung im Sinne des Gesetzes vollendet ist, und damit die Verjährung beginnt, „daß dagegen die Aufrechterhaltung des durch die Handlung geschaffenen Zustandes und die Unterlassung der Beseitigung desselben nicht mehr zum Thatbestand des Deliktes gehört und somit auch nicht den Anfang der Verjährung hinausschiebt".

Für die Aburteilung des Deliktes ist, da dasselbe in dem die Zuständigkeit des Schöffengerichtes aufzählenden Kataloge des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht aufgeführt wird [4]), da ferner die Möglichkeit einer höheren Gefängnisstrafe als drei Monate besteht und auch in § 75 G. V. G. des Vergehens keine Erwähnung geschieht, ausschließlich die Zuständigkeit der Strafkammer des Landgerichtes begründet, die in der Hauptverhandlung in der Besetzung von fünf Mitgliedern entscheidet [5]).

[1]) vergl. § 29 R. Str. G. B.;
[2]) vergl. § 32, 35 R. Str. G. B.;
[3]) vergl. § 67 R. Str. G. B.;
[4]) vergl. G. V. G. § 27;
[5]) vergl. G. V. G. §§ 73, 75, 77.

# Literatur-Angabe.


Ammon, die Untreue.
Binding, Handbuch des Strafrechtes.
" Grundriß.
Berner, Lehrbuch des preußischen Strafrechtes.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.
Goltdammer, Archiv f. preußisches u. deutsches Strafrecht.
Geyer, Strafrecht II.
Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht.
Frank, Strafgesetzbuch.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechtes III. Bd.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes.
Meyer H, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes.
Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Rubo, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Schütze, Strafrecht.
Simonson, der Begriff des Vorteils.
Kronecker in Goltdammers Archiv.
Cosak, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.
Cosak, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Protokolle z. B. G. B.
Motive z. B. G. B.
Einführungsgesetz z. B. G. B.
Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich.
Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich.
Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897.
Konkursordnung für das deutsche Reich.
Gareis, Wechselordnung.
Cannstein, Wechselrecht.
Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899.
Landmann, Gewerbeordnung.

# Inhalts-Uebersicht.


Seite

§ 1. Kurzer historischer Rückblick . . . . . 5
§ 2. Objekt der Untreue . . . . . 8
§ 3. Verhältnis der Untreue zu den übrigen Vermögensdelikten des R. Str. G. B. . . . . 11
§ 4. Mögliches Subjekt der Ziffer 1 des § 266 R. Str. G. B. . . . 13
§ 5. Mögliches Subjekt der Ziffer 2 des § 266 R. Str. G. B. . . . 18
§ 6. Mögliches Subjekt der Ziffer 3 des § 266 R. Str. G. B. . . . 23
§ 7. Charakteristik der in § 266 R. Str. G. B. aufgeführten Personenklassen. Dauer ihrer Aemter . . . . . 26
§ 8. Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziffer 1 R. Str. G. B. Begriff der Benachteiligung. . . . . 32
§ 9. Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziffer 2 R. Str. G. B. . . . . 37
§ 10. Objektiver Thatbestand des Vergehens des § 266 Ziffer 3 R. Str. G. B. . . . . 41
§ 11. Verfügen und Handeln . . . . . 41
§ 12. Der subjektive Thatbestand des § 266 R. Str. G. B. . . . . 45
§ 13. Vollendung und Versuch . . . . . 48
§ 14. Der qualifizierte Fall des § 266 Abs. 2 R. Str. G. B. . . . 49
§ 15. Strafe und Zuständigkeit . . . . . 51
Literaturangabe . . . . . 53